This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

PAUL PONT
Conseiller à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

FAUSTIN HÉLIE
Président honoraire à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

LÉON AUCOC
Président de section au Conseil d'État.

CH. GIRAUD
Inspecteur général des Facultés de droit,
Membre de l'Institut.

BERTAULD
Professeur à la Faculté de droit de Caen,
Sénateur.

BATBIE
Professeur d'économie politique à la Faculté de droit de Paris,
Sénateur.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

Jalabert, doyen de la Faculté de droit de Nancy;
Gabriel Demante, professeur à la Faculté de droit de Paris;
Ed. Laferrière, maître des requêtes au Conseil d'État;

ET DE MM.

Ernest Dubois, professeur à la Faculté de droit de Nancy; **Lyon-Caen, Cauwès**, professeurs agrégés à la Faculté de droit de Paris, et **Gabriel Debacq**, avocat à la Cour d'appel de Paris, pour les travaux critiques et bibliographiques sur les législations étrangères.

XXVe ANNÉE

Nouvelle série. — TOME V

PARIS

A. COTILLON ET Ce, ÉDITEURS, LIBRAIRES DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot, 24

1876

Digitized by Google

Jur. is. 152 hc =, NS-5 Revue

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

Digitized by Google

PARIS. — IMPRIMERIE ARNOUS DE RIVIÈRE, 26, RUE RACINE.

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

PAUL PONT
Conseiller à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

FAUSTIN HÉLIE
Président honoraire à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

LÉON AUCOC
Président de section au Conseil d'État.

CH. GIRAUD
Inspecteur général des Facultés de droit,
Membre de l'Institut.

BERTAULD
Professeur à la Faculté de droit de Caen,
Sénateur.

BATBIE
Professeur d'économie politique à la Faculté de droit de Paris,
Sénateur.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

Jalabert, doyen de la Faculté de droit de Nancy;
Gabriel Demante, professeur à la Faculté de droit de Paris;
Ed. Laferrière, maître des requêtes au Conseil d'État;

ET DE MM.

Ernest Dubois, professeur à la Faculté de droit de Nancy; **Lyon-Caen, Cauwès**, professeurs agrégés à la Faculté de droit de Paris, et **Gabriel Debacq**, avocat à la Cour d'appel de Paris, pour les travaux critiques et bibliographiques sur les législations étrangères.

XXVe ANNÉE

Nouvelle série. — TOME V

PARIS

A. COTILLON ET Ce, ÉDITEURS, LIBRAIRES DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot, 24

1876

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

DE LA MISSION DES ARBITRES

NOMMÉS PAR LES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

(Art. 429 du Code de commerce.)

Par M. Paul Jozon,
Docteur en droit, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

1. Le livre II du Code de procédure civile contient dans son titre XXV, consacré spécialement à la procédure devant les tribunaux de commerce, une disposition ainsi conçue :

« Art. 429. — S'il y a lieu à renvoyer les parties devant « des arbitres, pour examen de comptes, pièces ou registres, « il sera nommé un ou trois arbitres pour entendre ces par- « ties, les concilier si faire se peut, sinon donner leur avis. »

L'interprétation de cette disposition, et particulièrement la nature et l'étendue de la mission que les tribunaux de commerce peuvent conférer aux arbitres, donnent lieu à de sérieuses difficultés.

Les faits qui ont attiré l'attention sur la question sont bien connus, et quoique leur appréciation ne rentre pas nécessairement dans l'examen général et théorique que nous nous proposons de faire, il ne paraît pas inutile d'en dire un mot tout d'abord, ne fût-ce que pour faire ressortir l'intérêt de l'étude à laquelle nous allons nous livrer. Ces faits d'ailleurs sont notoires depuis longtemps dans le monde judiciaire. Ils ont été maintes fois signalés soit par les plaideurs devant les Cours d'appel, et notamment devant la Cour de Paris, soit par les jurisconsultes les plus autorisés qui ont traité cette matière, en commentant le Code de procédure civile. Un des plus estimés parmi ces auteurs, M. Chauveau, n'hésite

Digitized by Google

pas à blâmer, en la constatant, la pratique au moyen de laquelle plusieurs tribunaux de commerce ont complétement dénaturé l'esprit de l'article 429, premier alinéa (*Formulaire de procédure*, 2e éd., t. I, p. 364, note 1. *Lois de la procédure supplémentaire*, question 1535 *bis*, et *Commentaire du tarif*, 2e éd., t. I, n° 2289). M. Dutruc, dans son *Dictionnaire du contentieux commercial* (édition de 1875, v° ARBITRE RAPPORTEUR, n° 8), relate l'opinion de M. Chauveau et s'y associe formellement en ces termes. « Un auteur recommandable, M. Chauveau (*loc. cit.*), reproche aux tribunaux de commerce de recourir trop souvent à la faculté que leur donne l'article 429 du Code de procédure de nommer des arbitres-rapporteurs.

« Quelques-uns de ces tribunaux, en effet, prononcent le renvoi devant arbitres dans toutes les causes où quelque dissentement un peu sérieux existe entre les parties, donnant ainsi à l'article 429, qui ne statue qu'en vue des examens de comptes, pièces et registres, une extension dont la légalité peut paraître douteuse, extension d'autant plus regrettable d'ailleurs qu'elle substitue, selon les expressions de l'auteur précité, un mandat salarié, souvent très-onéreux pour les plaideurs, à l'administration gratuite de la justice. »

2. Cette pratique, contre laquelle on dirige ainsi de toutes parts des attaques dont nous allons apprécier la valeur, a été inaugurée par le tribunal de commerce de la Seine, où elle est maintenant constamment suivie. A Paris, les juges consulaires, saisis d'un litige un peu compliqué, commencent tout d'abord par renvoyer les parties devant arbitres; ils ne se demandent point, comme on pourrait croire qu'ils doivent le faire, si cette application de l'article 429 est juridique ou même si elle est opportune. C'est un point sur lequel il serait superflu de discuter devant eux, comme on discute tous les jours sur l'opportunité ou la nécessité d'une expertise ou d'une mesure quelconque d'instruction; on perdrait son temps et sa peine; la question est tranchée d'avance par une jurisprudence à laquelle manque, il est vrai, et manquera sans doute toujours la consécration de la Cour de cassation, mais qui n'en est pas moins inébranlable, inattaquable même, devant le tribunal qui l'a créée. Il suffit, comme le constate M. Chauveau, que l'affaire ne soit pas

Digitized by Google

susceptible d'être jugée séance tenante pour qu'elle soit renvoyée devant arbitres; et cela quelle que soit sa nature, quels que soient les moyens opposés à la demande, pourvu que l'examen préalable des questions qu'ils soulèvent ne s'impose pas strictement aux juges. En d'autres termes, le renvoi devant arbitres est devenu la règle; l'instruction ordinaire et directe, l'exception.

Voilà où l'on en est ainsi depuis longtemps à Paris; et ce tableau n'est nullement exagéré.

3. Nous ne voulons pas rechercher les motifs divers qui ont pu conduire le tribunal de commerce de la Seine à adopter ce procédé abusif; et nous n'ignorons pas que le premier et le plus sérieux de tous est sans doute l'encombrement des affaires. Si l'usage est illégal, il n'y a pas de motifs qui puissent le justifier. Mais sans aborder encore la question de légalité, et avant de quitter le terrain des faits, nous devons dire que, si elle a pu avoir à l'origine un but utile, cette jurisprudence n'a plus aujourd'hui que des inconvénients dont il est impossible de n'être pas vivement frappé. Elle établit, par une voie détournée, la nécessité du préliminaire de conciliation dans des affaires qui en sont formellement dispensées par la loi. Elle fait bien plus encore, et quels que soient les termes, d'ailleurs très-vagues et très-brefs, des jugements de renvoi, elle investit *en fait* l'arbitre d'une autorité plus considérable que celle qui s'attache aux fonctions de conciliateur; elle fausse l'esprit et elle déroge aux belles traditions de la justice consulaire en substituant un mandataire unique, salarié et irresponsable, aux juges multiples, élus par leurs pairs pour administrer gratuitement la justice. Car s'il est vrai que les rapports des arbitres pas plus que ceux des experts ne lient le tribunal, il faut cependant constater avec regret, dit M. Dutruc (*loc. cit.*, n° 9), que les juges suivent la plupart du temps les conclusions de ces rapports sans les soumettre à un contrôle suffisant. Nous sommes porté à nous demander si, présenté sous cette forme, le reproche n'est pas exagéré. Mais au moins peut-on dire, en ce qui touche le tribunal de commerce de la Seine, que les arbitres qu'il a dû accréditer auprès de lui pour en faire ses auxiliaires habituels sont en réalité, aujourd'hui, associés dans une très-large mesure à l'exercice des fonctions

Digitized by Google

de ce grand corps judiciaire. Plus ils méritent, par leurs lumières et leur honorabilité, auxquelles nous sommes le premier à rendre hommage, la confiance des magistrats consulaires, plus leur avis arrive, à la longue, à inspirer les décisions qu'ils préparent. Après avoir dans de nombreuses affaires apprécié les qualités et le mérite d'un arbitre, le juge, qui, dans les grands tribunaux, manque souvent, sinon du désir, au moins du temps de contrôler et de vérifier par lui-même, prend facilement l'habitude de s'en rapporter à l'opinion proposée par le suppléant qu'il s'est choisi. Il ne lui reste plus alors qu'à convertir en une sentence les conclusions de l'arbitre. Les parties ont obtenu ainsi une solution plus prompte; mais elles ont perdu les précieuses garanties qui doivent présider partout à l'administration de la justice.

4. Quelque regrettables que soient les conséquences de ce procédé, ce n'est point par elles et en fait, mais bien en droit, que nous avons à l'apprécier. Le Code de procédure l'autorise-t-il? Telle est la question à laquelle nous devons maintenant borner notre examen et nos observations.

5. D'après l'article 429, il y a lieu à renvoi devant arbitres pour examen de comptes, pièces ou registres.

A cette mission les arbitres, selon que les espèces le comportent, joignent dans la pratique — et les décisions qui les nomment leur donnent, expressément ou implicitement — trois autres fonctions :

1° Concilier les parties, si faire se peut, sur l'ensemble de la contestation qui les divise;

2° Faire des visites de lieux, des examens de travaux ou de faits, comme le feraient des experts;

3° Entendre les parties, entendre des témoins, étudier et résoudre les questions de droit, comme pourraient le faire les juges eux-mêmes.

Ainsi, ces arbitres ne font pas seulement œuvre d'arbitres, mais encore, suivant les cas, œuvre de conciliateurs, œuvre d'experts, œuvre de jurisconsultes, ou pour mieux dire de magistrats.

Après un mûr examen, nous n'hésitons pas à penser que cette pratique est vicieuse et contraire à la loi; et que, pour que la loi soit observée, la mission des arbitres devrait être

Digitized by Google

limitée aux points mêmes spécifiés par l'article 429 du Code de procédure civile.

6. Une première considération nous frappe. Elle est tirée du texte de l'article 429, premier alinéa; et sans vouloir présenter cet argument comme décisif, nous insistons cependant sur sa valeur, trop souvent dédaignée. Quand on recherche la pensée de la loi, n'est-ce pas, avant tout, dans son texte qu'on doit espérer la rencontrer ?

Or l'article 429 ne signifie certainement pas que toutes les affaires portées et toutes les questions soulevées devant les tribunaux de commerce seront indistinctement et systématiquement soumises, avant d'être jugées, à ce préliminaire du renvoi devant arbitres. Personne ne le soutiendra; mais l'article n'a même pas eu pour but d'accorder aux juges de commerce un pouvoir indéfini, discrétionnaire, le pouvoir d'ordonner ce renvoi toutes les fois qu'il leur paraissait nécessaire ou qu'il leur serait simplement utile, *quoties libuerit.*

Le renvoi n'est ni obligatoire ni même facultatif. Nous n'en voulons pour preuve que les termes employés par les rédacteurs de l'article : « S'il y a lieu à renvoyer les parties « devant des arbitres *pour examen de comptes*, *pièces ou re-* « *gistres*, etc. » Ces expressions sont-elles strictement limitatives? Lient-elles les juges consulaires au point de leur interdire de prononcer le renvoi dans tous les cas où il ne s'agit pas d'examiner soit des *comptes*, soit des *pièces*, soit des *registres?* Quoiqu'on puisse très-sérieusement le soutenir, nous admettrions encore que cette interprétation est un peu rigoureuse. Prenons donc que les rédacteurs de l'article 429 ont eu simplement en vue les hypothèses qui se présentent le plus souvent. Mais tout au moins faut-il reconnaître qu'ils ont entendu déterminer d'une façon générale et par voie d'exemples, d'une part, la nature des contestations à raison desquelles *il y a lieu* d'ordonner le renvoi devant arbitres, d'autre part, et par suite, la mission des arbitres.

S'il en était autrement, les expressions dont ils se sont servis n'auraient plus aucune signification.

Ainsi, tout en étant prêt à concéder que la disposition de l'article 429 peut être étendue aux cas qui se rapprochent le plus de ceux qu'elle a nominativement prévus, il nous paraît impossible d'aller plus loin sans la supprimer tout à fait. Les

Digitized by Google

règles ordinaires de l'interprétation s'accordent, pour commander cette solution, et avec un juste sentiment des nécessités de la juridiction commerciale ; et cette interprétation, la plus large qui puisse être acceptée, suffit pour condamner la substitution générale, à des mesures d'instruction ordonnées en connaissance de cause et suivant la nature des litiges, d'un procédé qui s'applique indistinctement à toutes les affaires et à toutes les questions, et à conduire à cette conclusion que le tribunal de commerce de la Seine se met en contradiction manifeste avec l'esprit de la législation où il prétend puiser son droit.

7. On arrive à la même conclusion, si l'on cherche à éclairer par l'histoire, et en remontant à son origine, le sens de l'article 429.

Une première et importante remarque à faire, c'est qu'un titre spécial sur les *Renvois devant arbitres* avait d'abord pris place dans le projet du Code de procédure. Cette mesure d'instruction constituait, et cela devant toutes les juridictions, une sorte de préliminaire obligatoire, dont on attendait les meilleurs effets. Mais il fut reconnu après discussion, qu'elle faisait double emploi avec la conciliation, dont les règles avaient été posées; que l'expertise pouvait suffire à toutes les nécessités, et qu'il convenait de réserver aux seuls tribunaux de commerce la faculté de renvoyer, dans certains cas, devant des arbitres. (V. Boncenne et Bourbeau, *Théorie de la procédure civile*, t. II, p. 567.)

Le titre spécial disparut donc, ou plutôt il se réduisit à l'article 429, qui vint figurer parmi les dispositions relatives à la procédure devant les tribunaux de commerce. C'est par le Tribunat, et d'après les observations de quelques Cours d'appel tendant à séparer bien nettement les fonctions des arbitres de celles des experts, que la rédaction de cet article fut définitivement arrêtée. Mais le Tribunat paraît avoit cru qu'il introduisait ainsi dans le Code une forme d'arbitrage inconnue jusqu'alors, M. Périn (*Vœu du Tribunat*, p. 98) le dit expressément dans le passage suivant :

« Cette rédaction définit très-clairement le caractère et « les fonctions des arbitres; ils sont examinateurs, et non « appréciateurs, comme les experts. Ils concilient, ils don- « nent leur avis. — C'est ainsi que le Code a introduit *une*

Digitized by Google

nouvelle forme d'arbitrage inconnue jusqu'alors et dont il est « aisé de prévoir les heureux effets. L'utilité de cette espèce « de tribunal de famille se fait mieux sentir qu'elle ne peut « s'expliquer, et s'il n'en résulte pas toujours une heureuse « conciliation, du moins l'avis de ces arbitres aura-t-il l'avan- « tage de réduire les débats à leurs véritables termes et d'en « faciliter la décision pour ceux à qui la loi la confie. »

8. Un certain nombre de commentateurs s'en sont rapportés à ces paroles de M. Périn, et, partant de cette idée que la disposition de l'article 429 avait été introduite dans le Code par le Tribunat, ils ont été naturellement disposés à croire que personne mieux que le représentant du Tribunat n'avait pu en indiquer le sens. De là l'interprétation très-large qu'ils lui donnent à leur tour et qui s'inspire des impressions si vagues de M. Périn. Mais tout cet édifice des commentateurs repose sur une erreur fondamentale que le Tribunat a commise le premier et qu'ils ont reproduite après lui. L'article 429, premier alinéa, n'est point une disposition nouvelle, et n'a été, malgré la confusion individuellement commise par M. Périn, ni introduite dans le Code ni votée comme telle; il est emprunté à l'article 3 du titre XVI de l'ordonnance d'avril 1667, lequel avait lui-même son origine dans les ordonnances antérieures de 1560 et de 1563. (V. MM. Boncenne et Bourbeau, *Théorie de la procédure*, t. VI, p. 311.)

L'arbitrage devant les tribunaux de commerce est donc presque contemporain de la justice consulaire elle-même. Il avait été plusieurs fois réglementé et il constituait une des pratiques les plus anciennes de notre droit commercial. Il n'est pas admissible qu'en la consacrant à nouveau, le Code de procédure ait entendu en changer le caractère. Il importe dès lors de rechercher quelles étaient, quand le Code de procédure fut rédigé, la nature et l'application du renvoi devant arbitres tel qu'il résulterait des dispositions de l'ancien droit.

9. L'ordonnance de 1560 voulait que les marchands « fussent contraints d'élire et de s'accorder de trois personnages, ou plus, en nombre impair, marchands ou d'autre qualité, et de s'en rapporter à eux de leur différend ». Mais cette disposition était restée sans exécution ; elle était d'ailleurs incompatible avec l'institution des tribunaux consulaires. L'ordon-

Digitized by Google

nance de 1563 permit aux consuls « d'appeler avec eux, si la matière y est sujette et en sont requis par les parties, tel nombre de personnes qu'ils aviseront ». C'est là encore, comme on le voit, une disposition très-large et qui représente à peu près celle qu'il conviendrait de substituer à l'article 429, premier alinéa, pour justifier la jurisprudence du tribunal de commerce de la Seine. Mais l'usage en avait sans doute révélé les inconvénients ; car on la retrouve considérablement restreinte dans le titre XVI de l'ordonnance de 1667 « De la forme de procéder par-devant les juges et consuls des marchands ».

Art. 3. — « Pourront néanmoins les juges et consuls, *s'il* « *est nécessoire de voir les pièces*, nommer, en présence des « parties ou de ceux qui seront chargés de leur mémoire, « un des anciens consuls ou autre marchand non suspect, « *pour les examiner* et sur son rapport donner sentence, qui « sera prononcée en la prochaine audience. ».

10. Ce texte donne lieu à plusieurs remarques utiles. Il limite la mission des arbitres à *l'examen des pièces*, et ne fait point d'eux des conciliateurs. Il désigne même les personnes parmi lesquelles ces arbitres peuvent être choisis : ce sont des anciens consuls ou autres marchands non suspects.

Il est vrai que l'usage paraît avoir étendu un peu hors de ses termes cette disposition de l'ordonnance de 1667. Ainsi Rodier nous apprend dans son commentaire sur l'ordonnance de 1667 que les fonctions d'arbitre étaient quelquefois confiées à des avocats et que la formule employée par les jugements de renvoi contenait en première ligne une mission conciliatrice. Nous ne croyons pas qu'il convienne d'attacher une réelle importance à cet usage dont parle Rodier. Car, ainsi que le dit avec grande raison un autre commentateur de la même ordonnance, Jousse (Préface, p. XXVI) : « C'est une « mauvaise excuse et un prétexte frivole de vouloir corriger « l'ordonnance par l'usage. Il ne faut pas accommoder les « ordonnances à l'usage, mais l'usage aux ordonnances. » Il est d'ailleurs à remarquer que Jousse est absolument muet sur les faits rapportés par Rodier. Néanmoins nous admettons volontiers qu'ils se soient produits quelquefois, et cette interprétation donnée, dans certains cas, par la pratique au texte de l'ordonnance nous paraît même destinée à faire

Digitized by Google

clairement ressortir la portée véritable de notre article 429.

11. Si l'on rapproche en effet ces trois termes de comparaison, le texte de l'ordonnance, l'usage, le texte du Code de procédure, il est facile de reconnaître ce qui, dans notre législation actuelle, vient de l'ordonnance, et ce qui vient de l'ordonnance modifiée par l'usage. A l'ordonnance, les rédacteurs de l'article 429 ont emprunté l'institution même des arbitres rapporteurs destinés à préparer, exceptionnellement et dans certaines natures d'affaires, la décision du juge. A l'usage, ils ont emprunté l'extension de la mission de l'arbitre, qui peut et doit voir les parties, les entendre et essayer de les concilier, et la liberté pour le juge de choisir l'arbitre parmi toutes personnes (c'est au moins ce qu'on peut induire du silence par eux gardé sur ce dernier point). Mais au milieu de ces transformations successives de l'institution des arbitres, un seul trait de l'ordonnance de 1667 est conservé et forme toujours le caractère spécifique de leur mission; leurs fonctions ne deviennent utiles et ils ne peuvent être désignés par le juge que s'il y a lieu d'*examiner les pièces*, dit l'ordonnance, d'examiner des *comptes*, *pièces*, ou *registres*, dit l'article 429, précisant la même pensée par l'addition de ces deux mots dans le sens que j'ai déjà indiqué. Sur ce point fondamental, jamais, qu'on veuille bien le remarquer, jamais l'usage n'avait dérogé au texte de l'ancienne législation, et le Code de procédure n'a eu qu'à se l'approprier.

De cette vérité ainsi mise en lumière par l'analyse historique de l'article 429 découlent, en ce qui touche les diverses missions attribuées en pratique aux arbitres, mission d'experts, mission de jurisconsultes ou même de magistrats, mission de conciliateurs, les conséquences suivantes :

12. Pour commencer par la première et la plus incontestable de toutes, et celle qu'on doit logiquement signaler tout d'abord, nous ne croyons pas qu'en aucun cas et sous aucun prétexte les arbitres-rapporteurs puissent recevoir une mission d'*experts*. Ce serait une violation formelle de la loi. Ici le texte fournit tout d'abord un argument irrécusable. Car après le premier alinéa consacré aux arbitres-rapporteurs, vient le deuxième alinéa, consacré aux experts. Il est ainsi conçu :

« S'il y a lieu à visite ou estimation d'ouvrages ou marchandises, il sera nommé un ou trois experts. »

Digitized by Google

Puis, comme pour mettre mieux en relief la distinction fondamentale qui vient d'être faite, un troisième alinéa contient une disposition commune aux arbitres et aux experts :

« Les arbitres et les experts seront nommés d'office par le tribunal, à moins que les parties n'en conviennent à l'audience. »

Ainsi, c'est le Code lui-même qui nous l'apprend, la mission de l'arbitre est essentiellement différente de celle de l'expert. Le premier examine et compulse les comptes, pièces ou registres. Le second visite et estime des ouvrages ou des marchandises. L'expert prête serment, l'arbitre en est dispensé, tous les auteurs sont d'accord pour le reconnaître, et la pratique n'a jamais songé à imposer à ce dernier cette formalité.

13. Pardessus (*Droit commercial*, t. V, p. 86) a tracé un tableau très-exact du rôle de ces deux sortes d'auxiliaires de la justice, et je ne puis mieux faire que de le rapporter textuellement :

« Le tribunal peut aussi, dans certains cas, tel que celui où il s'agit de liquidation de comptes ou d'éclaircissements sur certains faits, nommer des commissaires pour entendre les parties. Les personnes ainsi nommées sont examinateurs, et non appréciateurs comme des experts : elles concilient lorsque cela est possible, et si elles n'obtiennent pas ce résultat, elles donnent un avis qui a l'avantage de réduire les débats à leurs véritables termes et d'en faciliter la décision.

« Ces commissaires, qu'on nomme assez improprement *arbitres*, mais qu'il ne faut pas confondre avec les arbitres-juges dont nous parlerons au titre suivant, ne sont pas, comme les experts assujettis au serment. Cette différence vient de celle qui existe entre les fonctions des uns et des autres. Ces arbitres ont, avec des experts, cela de commun, qu'ils n'émettent qu'une simple opinion; mais l'opinion de ces arbitres repose, ou sur des raisonnements dont il est possible aux juges d'apprécier la force, ou sur des pièces qui sont sous les yeux du tribunal; celle des experts, au contraire, est fondée sur des faits qu'ils attestent et que les juges ne sont pas à portée de vérifier. Cette circonstance donne, jusqu'à un certain point, aux rapports d'experts, le

Digitized by Google

caractère du témoignage ; et dès lors la fidélité doit en être garantie par la religion du serment. »

Nous devons cependant signaler dans M. Alauzet (t. VI, n° 290) un passage où il constate, sans paraître désapprouver le tribunal de commerce de la Seine, le rôle agrandi donné par ce tribunal aux arbitres-rapporteurs chargés d'une mission d'experts. Mais il ne dit rien en faveur de cette pratique, et les arguments contraires présentés par M. Pardessus conservent ainsi toute leur force.

14. La distinction est donc bien nettement établie. Loin d'avoir quelque chose d'arbitraire et de factice, elle correspond à des différences fondamentales qui se retrouveront toujours dans la variété même des litiges. Et cette question si grave du serment suffit à elle seule pour faire voir combien il est important que la ligne de démarcation soit toujours exactement observée.

Si les arbitres ne prêtent pas serment, c'est qu'ils ne font que préparer et simplifier le travail du juge, en dépouillant les documents que le juge aura à son tour entre les mains; le juge peut ainsi contrôler et rectifier le travail de l'arbitre. L'arbitre lui sert seulement, en quelque sorte, de secrétaire.

Au contraire l'expert vérifie des faits que le tribunal ne peut vérifier après lui. Le tribunal peut bien apprécier autrement que l'expert les conséquences juridiques de ces faits; mais, quant aux faits eux-mêmes, il est obligé de s'en rapporter au témoignage de l'expert. De là cette double conséquence, d'une part, que l'expert doit prêter serment; d'autre part, qu'on ne peut régulièrement confier à un arbitre, puisque l'arbitre ne prête pas serment, une mission d'expert.

15. Nous n'hésitons donc pas à considérer comme irrégulière la pratique d'après laquelle, dans bien des cas, la mission dévolue aux arbitres renferme explicitement ou implicitement quelqu'une des opérations réservées aux experts, visite de lieux ou d'ouvrages, estimation de matériaux ou de marchandises, etc. Et à nos yeux cette confusion, préméditée ou non, des deux fonctions d'arbitre et d'expert, que l'article 429 a pris soin de séparer si nettement, constitue une violation de la loi d'autant plus grave

Digitized by Google

qu'elle a pour résultat de supprimer indirectement une des garanties les plus indispensables à la bonne administration de la justice.

16. L'arbitre, qui ne peut être chargé d'une mission d'expert, pourrait-il être chargé d'une mission de jurisconsulte ou, en d'autres termes, de l'examen d'une question de droit pur? Pas davantage, selon nous : toutes les fois qu'une difficulté de cette nature est soulevée devant un tribunal, qu'il s'agisse, par exemple, de la validité d'un contrat ou de l'extinction d'un droit par la prescription, ou de toute autre question analogue, non-seulement c'est au juge seul qu'il appartient de la résoudre par sa sentence, mais c'est à lui seul qu'il appartient de faire les études et les réflexions qui doivent le conduire à une solution. *Jus dicere*, déclarer le droit, c'est là véritablement l'office dont la société ou ses pairs l'ont investi. Il en a le périlleux honneur; il doit en supporter la responsabilité et les charges, et il n'est pas libre de s'y soustraire ou de s'en décharger sur un tiers. Sa mission, à cet égard, est une de celles qui ne sauraient se déléguer.

Que demanderait-il d'ailleurs à l'arbitre? Un rapport, comme le veut l'article 429? Non; il lui demanderait *une consultation!* Or, interroger les jurisconsultes et obtenir d'eux des consultations destinées à être produites devant les tribunaux, c'est le rôle des parties vigilantes et soigneuses de leurs intérêts. Si elles produisent ainsi quelque lumière dans le débat, le juge en profite et son œuvre en devient plus facile. Mais si cette lumière, venue du dehors, lui manque, c'est en lui-même qu'il la doit trouver; la dignité de ses fonctions, son honneur et son devoir professionnels lui interdisent d'appeler à son secours, sous le nom d'arbitre ou autrement, un tiers étranger à l'œuvre de la justice, qui aurait pour mission d'instruire le magistrat aux frais des parties.

17. De même, et à plus forte raison, nous considérons comme tout à fait irrégulier l'usage qui s'est introduit de faire entendre par un arbitre soit des parties, soit des témoins. Tout interrogatoire de parties, toute enquête doivent être faits, sinon par le tribunal, au moins par un des membres du tribunal délégué à cet effet, et devant lequel les témoins dépo-

Digitized by Google

sent sous la foi du serment. Nous nous demandons quelle garantie peut offrir une enquête faite par un arbitre qui ne prête pas serment, et devant lequel les témoins ne prêtent pas serment non plus. N'est-ce pas le renversement de toutes les règles de notre procédure?

18. Il nous reste à rechercher si l'arbitre peut être investi du rôle de conciliateur en général, c'est-à-dire pour toutes les contestations qui divisent les parties.

Nous avons déjà vu que ce rôle pouvait, d'après M. Rodier, lui être attribué en fait sous l'empire de l'ancien droit. Il en devrait être de même aujourd'hui d'après la majorité des auteurs. (V. Pardessus, *Droit commercial*, t. V, p. 86; Boncenne et Bourbeau, t. VI, p. 311 et suiv.; Dutruc, *Dict. du content. commercial*, v° ARBITRE-RAPPORTEUR.)

Cette doctrine nous semble des plus contestables. Il est clair qu'en ce qui concerne sa mission spéciale, à savoir l'appréciation de comptes, pièces ou registres, l'arbitre peut et doit essayer d'amener les parties à une conciliation. L'article 429 le dit expressément. Mais ce que nous ne pouvons admettre, c'est l'interprétation de cet article d'après laquelle il serait investi du rôle de conciliateur en général, et pour toutes les questions, même les plus étrangères à sa mission spéciale, soumises par les parties au tribunal. L'article 49 du Code de procédure civile déclare formellement que les demandes en matière de commerce sont dispensées du préliminaire de conciliation, et l'article 429 ne nous paraît nullement avoir eu pour but de permettre aux tribunaux de commerce de rétablir indirectement, lorsqu'ils le jugeraient convenable, ce préliminaire, sous forme d'arbitrage.

19. Nous avons terminé l'examen des différentes questions que soulève l'application de l'article 429 du Code de procédure civile. Nous résumons cet examen en peu de mots.

L'article 429, du Code de procédure, ne donne aux juges consulaires la faculté de renvoyer devant arbitres que dans les cas qu'il désigne nominativement ou, tout au plus, dans quelques autres qui offrent avec eux la plus grande analogie. En conséquence, quand l'arbitre est désigné, il ne peut recevoir, sans qu'il y ait violation de la loi, ni mission générale de conciliateur, ni mission d'expert, ni mission de jurisconsulte, et encore moins de magistrat.

Digitized by Google

Et cette interprétation de l'article 429, la seule qui puisse être admise, parce qu'elle s'appuie à la fois sur le texte, sur les précédents historiques et sur les principes les plus élevés de notre organisation judiciaire, est en même temps la condamnation évidente de la jurisprudence suivie au tribunal de commerce de la Seine.

L'histoire du droit offre de fréquents exemples de ces tentatives faites par les magistrats pour substituer à la loi écrite une pratique qu'ils estiment plus favorable aux grands intérêts sur lesquels ils sont chargés de veiller, ou même simplement plus commode pour leurs convenances particulières. C'est là une tendance regrettable en soi chez des juges dont le devoir est d'appliquer la loi, non de la réformer. De pareils procédés, loin de conduire à ce perfectionnement qu'on se propose, produisent presque toujours, au contraire, par les abus auxquels ils donnent naissance, des inconvénients bien plus graves que ceux qu'on voulait éviter. Jousse, l'un des commentateurs de cette ordonnance de 1667 que nous avons déjà eu l'occasion de citer, les blâme dans ces paroles énergiques, sous l'autorité desquelles nous sommes heureux de placer notre conclusion (Préface, p. XVI) :

« Tous les motifs qu'on peut alléguer, même celui de « rendre une justice plus prompte, ne peuvent servir de « prétexte légitime pour s'écarter d'une loi à laquelle les « Cours souveraines elles-mêmes sont les premières à se « conformer. La justice ne peut être rendue de différentes « manières : les règles établies à cet égard ne sont point arbi- « traires, et elles sont les mêmes pour tous les juges, de quel- « que qualité qu'ils soient et quelles que soient les fonctions « qui leur sont attribuées. Vouloir s'affranchir de ces règles, « c'est vouloir se frayer un chemin vers l'indépendance, « c'est jeter le trouble et la confusion dans la société. »

PAUL JOZON.

Digitized by Google

QUESTIONS

CONCERNANT

LA NATIONALITÉ DES HABITANTS DE L'ALSACE-LORRAINE[1].

Par M. Robinet de Cléry,
Premier président honoraire de la Cour d'appel de Besançon.

ARTICLE III.

DES ENFANTS NÉS, HORS D'ALSACE-LORRAINE ET AVANT LA CESSION DE CES PROVINCES, DE FRANÇAIS QUI EN ÉTAIENT ORIGINAIRES.

Un enfant appartient à la nation dont ses parents étaient membres lorsqu'ils lui ont donné le jour. Mais quand ceux-ci, par l'effet d'un démembrement de territoire ultérieurement survenu, relèveront d'une autre souveraineté, le changement d'état opéré en eux ou dans la personne ayant la tutelle de l'enfant influera-t-il sur la nationalité de ce dernier?

La situation ainsi caractérisée est fort différente de celle dont l'examen a fait l'objet du précédent article. Il se rapportait à une catégorie d'individus astreints à remplir des obligations expressément stipulées, et il y avait à apprécier comment elles devaient être exécutées, quelles en seraient les suites, quelles conséquences aurait leur omission. La discussion actuelle intéresse au contraire une catégorie exemptée de ces obligations[2]. Elle porte sur une question de principe qui, étant résolue en sens opposés par les deux gouvernements, peut amener de tristes mécomptes.

L'indication de quelques hypothèses en donnera un aperçu.

Un père, natif d'Alsace-Lorraine, n'aura pas opté parce qu'étant exonéré par son âge du service militaire, il n'était pas exposé à porter les armes contre sa patrie d'affection. Il n'avait aucune appréhension au sujet de ses enfants ou descendants mineurs, *nés antérieurement sur un sol resté français*. Par ce double motif, ils partageaient sa sécurité, qui reposait sur des affirmations officielles, réitérées, non équivoques.

[1] Voir les livraisons d'avril 1875, p. 264, mai, p. 317 et juillet, p. 459.
Voir *Revue critique*, t. IV, p. 276 et suiv.

Digitized by Google

Sera-t-elle déçue?

Des jeunes gens dont le lieu natal serait encore français et dont les parents seraient morts en pleine possession de cette qualité l'auraient-ils perdue par cela seul que leurs tuteurs ou tutrices n'auraient pas fait, pour leur compte personnel, les déclarations auxquelles la conservation de leur propre nationalité s'était postérieurement trouvée subordonnée?

Telle serait la stricte application des instructions données, le 16 mars 1872, par M. le président d'Alsace-Lorraine. Elles concordent avec l'opinion émise, le 15 juillet suivant, par M. le chargé d'affaires d'Allemagne[1]. S'exécutant en tout pays réuni à l'empire, elles étendent ses lois, son recrutement et autres exigences à ceux mêmes que nous considérons comme nos nationaux.

Résistance et protestations seraient vaines. Si pourtant quelques-uns d'entre eux revenaient en France avant d'avoir atteint leur majorité; si, se présentant comme citoyens et réclamant le bénéfice des dispositions édictées en faveur de ceux-ci, ils soutenaient n'avoir pas cessé de l'être et si, en même temps, ils se soumettaient aux devoirs corrélatifs leur incombant, seraient-ils admis dans nos écoles militaires et autres, dont les règlements imposent cette justification préalable? — Auraient-ils, plus tard, aptitude pour exercer nos fonctions publiques, pour être jurés ou témoins instrumentaires? — Participeraient-ils, lorsqu'ils en auraient l'âge, à l'exercice des droits civils et politiques?

Seraient-ils, soit qu'ils le voulussent ou non, incorporés dans notre armée, lorsqu'ils seraient établis ou rencontrés sur notre sol? L'impôt du sang, comme tous les autres, serait-il exigé d'eux par la France en vertu d'une souveraineté demeurée indélébile et dont l'exercice implique la plus entière indépendance, chaque État en usant dans ses limites territoriales[2], sans avoir à appréhender de ses voisins aucune compétition?

[1] Extrait en a été inséré au *Journal officiel* du 14 septembre 1872.

[2] Il y en a eu de récents exemples. L'un des plus saillants a été rapporté par l'*Avenir militaire*, d'après le récit qui lui en était venu de Berlin. Il s'agissait de jeunes gens, *fils de parents nés dans la Pologne russe, mais naturalisés prussiens*. « Ces jeunes gens, était-il écrit, sont considérés

Digitized by Google

La plupart de ces questions, agitées au sujet des familles (alsaciennes ou lorraines) ayant perdu leur nationalité, intéressent ceux-mêmes de leurs enfants qui, étant nés auparavant sur notre territoire actuel, *ne l'auraient pas quitté*. Une résidence plus ou moins prolongée ne saurait en effet influer sur la solution [1].

Que décider au sujet de ceux dont la naissance aurait eu lieu en pays étranger, avant le démembrement de nos deux provinces ? — *Ils étaient Français*. En disposant ainsi, l'article 10 du Code civil a été l'affirmation d'un principe dès longtemps incontesté. Le bénéfice leur en sera-t-il retiré par cela seul que des obligations, auxquelles leurs représentants légaux avaient à satisfaire, n'auront pas été ponctuellement exécutées par ceux-ci ?

Pour beaucoup de ceux dont la situation comporte ces incertitudes le péril est latent. Aucun d'eux ne s'est probablement mis en devoir de faire les déclarations que les instructions ministérielles du 30 mars 1872 jugeaient inutiles et surabondantes. Ils s'en croyaient et en étaient effectivement dispensés. Leur quiétude est entière.

Quelle en sera la durée ? — Plusieurs seront seulement désabusés lorsqu'ils auront passé la frontière. Quelques-uns verront inopinément se produire des embarras lors du partage des successions. Les actes les plus importants de la vie civile porteront en germe ces débats qui toucheront à de chers et précieux intérêts. Une femme française, qui aura cru épouser un compatriote, sera exposée à se voir qualifier étrangère en conformité de l'article 19 du Code civil. Continué dans leur descendance cet état civil contesté y suscitera maints procès dont l'issue différera suivant qu'il sera fait application des lois françaises ou germaniques. Il se prolongera avec ses conflits, ses dangers trop réels, ses risques imprévus.

« comme sujets russes par le gouvernement de Saint-Pétersbourg, et dès « qu'ils franchissent la frontière, ils sont saisis et enrôlés de force dans « l'armée russe. Même ceux qui ont été sous-officiers sont astreints à tous « les exercices des recrues ordinaires. Plusieurs de ces jeunes gens ont fait « la campagne contre la France et portent la croix de fer... » (Voir *Moniteur universel* du 8 octobre 1874.)

[1] Dans une des affaires jugées en juin 1875, l'enfant né et élevé en France n'avait jamais été en Alsace-Lorraine.

Digitized by Google

Ils sont de nature à suggérer de très-sérieuses préoccupations. Il importe au plus haut point d'être fixé sur la véritable nationalité de l'enfant, encore mineur au jour de la cession et qui, n'étant pas né sur le territoire détaché, est issu d'une famille alsacienne ou lorraine en ayant subi le sort.

A une question ainsi posée, les documents législatifs précédemment analysés ont répondu que cet enfant appartenait à la France, « quoiqu'il fût issu de parents nés en Alsace-Lorraine[1] ». Mais, si nous nous croyons fondés à soutenir que cette solution si catégorique confond majeurs et mineurs[2], l'opinion contraire, d'après laquelle la destinée de ces derniers, *en quelque pays qu'ils fussent nés*, serait enchaînée à celle de leurs représentants légitimes[3], a été enseignée par M. Fœlix telle que la reproduisent aujourd'hui les prétentions allemandes. « La naturalisation collective, « a-t-il dit, s'étend en même temps, sur le mari et sur la « femme, sur le père et sur les enfants... Elle résulte im- « médiatement de la loi ou de faits politiques. L'une et les « autres régissent, à la fois, tous les habitants ou sujets du « territoire[4]. » Cette théorie, — nous n'en disconvenons pas, — trouve appui dans plusieurs arrêts intervenus à la suite de remaniements opérés en Europe par les traités de 1814 et 1815[5]. Elle n'est pas sans affinité avec celle formulée par la Cour de Chambéry dans l'arrêt portant « que le droit d'op- « tion devait, pour le mineur, se confondre avec celui du père « de famille, son représentant et son organe légal[6]. » La même Cour a encore jugé les 3 et 4 mai 1875 que « le mineur ne peut avoir d'autre patrie que celle de son père[7]. » Un considérant émané de la Cour d'Aix, le 17 mai 1865, était l'expression d'une pensée entièrement conforme. Il y était

[1] Lettre du ministre des affaires étrangères au comte d'Arnim, du 29 décembre 1871. Rapport de la commission à l'Assemblée nationale, du 6 janvier 1872. Voir *Revue critique*, t. IV, p. 283 et suiv.

[2] Voir *eod.*, p. 286.

[3] Circulaire du président d'Alsace-Lorraine, 16 mars 1872. Voir *eod.*, p. 265.

[4] *Traité du droit international privé*, n° 40.

[5] Cassation, 18 juillet 1834, 9 juillet 1844, 7 mai 1849, et autres qui seront rappelés ci-après.

[6] Arrêt du 22 décembre 1862, D. P., 63, 2, 99.

[7] Journal *le Droit*, 7 et 8 juin 1875.

Digitized by Google

dit « qu'un mineur, vivant sous l'autorité et sous la tutelle « de sa mère, en avait nécessairement suivi la condition[1]. » Tout récemment, au sujet d'une affaire jugée, le 23 décembre 1872, par la Cour de Turin, dont l'arrêt fut cassé le 11 juin 1874[2], la controverse s'est ravivée en France et en Italie.

Elle n'ébranle pas les convictions que nous avons déjà exposées[3] relativement au droit individuel acquis à l'enfant dès le jour de sa naissance, et demeurant ineffaçable en lui nonobstant l'abdication volontaire que plus tard ses parents en auraient faite. Telle est dans notre droit civil la règle ordinaire et maintes fois sanctionnée[4]. S'il y eut quelques arrêts dissidents, ce fut seulement à la suite d'événements qui avaient naturalisé en bloc les indigènes du pays auquel appartenait la famille du mineur. Faut-il admettre une exception circonscrite en ces termes ?

Là gît pour nous la difficulté. Appliquons-nous à la résoudre en recherchant :

1° Comment s'effectue collectivement la naturalisation résultant de la conquête ou d'un traité ;

2° Quels précédents peuvent, en cette matière, être utilement consultés ;

3° Quels enseignements fournit la jurisprudence.

§ Ier.

DE LA NATURALISATION COLLECTIVE ET DE SON INFLUENCE SUR L'ÉTAT DES MINEURS QUI NE SONT PAS NATIFS DES TERRITOIRES CÉDÉS.

Lorsqu'un pays change de domination il s'opère une naturalisation plus ou moins générale dont les combinaisons et

[1] Rapporté par Sirey Devilleneuve, 65, 2, 269.

[2] *Giurisprudenza di Torino*, 1873, n° 9, et *Journal du Droit international privé*, 1875, p. 138.

[3] Voir *Revue critique*, t. IV, p. 331.

[4] Cassation, 5 mai 1862, 3 août 1871 et 19 août 1874 : « Attendu, porte « ce dernier arrêt, que, *nonobstant les lettres de naturalisation délivrées à « son père* par le Conseil d'État du canton de Genève, le 24 juin 1859, « Constantin, né à Genève le 4 mai 1848... est demeuré sujet sarde et est « devenu citoyen français par l'annexion de la Savoie à la France. » Voir dans le même sens *Paris*, 7 juillet 1855, 23 juin 1859, 24 juillet 1874 ; Lyon, 21 mars 1872 ; Chambéry, 29 avril 1873.

Digitized by Google

les effets sont assez fréquemment empruntés au droit commun, mais n'en sont pas toujours une imitation parfaite. A quelque phase de l'histoire qu'on remontât, ils seraient un intéressant sujet d'étude, car ils ont varié suivant les temps, suivant les courants d'idées, suivant certaines nécessités de situation.

Il en est chaque fois résulté un état de choses exceptionnel et transitoire. Tel a été celui que les conventions franco-allemandes de 1871 ont établi.

Fort explicites sur quelques points, elles ont laissé, pour beaucoup d'autres, une très-grande latitude à l'interprétation. Il en a presque toujours été ainsi. Les conférences et congrès, ayant surtout en vue les rapports internationaux, s'immiscent rarement dans les questions de droit privé. Si nous portons notre attention sur les derniers traités auxquels la France ait concouru nous n'y trouverons aucune clause se rapportant de façon plus particulière aux mineurs, aux femmes mariées ou autres personnes placées sous puissance d'autrui.

Les accords arrêtés à Francfort, en 1871, ne contiennent pas non plus de stipulations à leur égard, et ce silence est significatif. On n'ignorait pas quels embarras susciterait la diversité des « notions juridiques » adoptées dans les deux pays, « concernant la nationalité, le domicile et les conséquences de la « filiation opposées au libre arbitre de l'individu[1]. » L'imminence de ces controverses avait éveillé la sollicitude des négociateurs. S'ils ne les ont pas prévenues par une disposition claire et précise, c'est qu'ils ont sans doute pensé que, pour les résoudre, il suffirait :

De reconnaître à chaque gouvernement le droit d'appliquer, en cela comme pour tous autres objets, sa loi civile, quand elle ne serait pas inconciliable avec les engagements réciproquement souscrits;

De la faire néanmoins fléchir dans les cas où elle eût contrarié l'exécution de ces mêmes engagements.

Dérivant de la force des choses, ces deux observations étaient sous-entendues. Elles s'imposaient virtuellement pour faire une juste part : 1° aux règles de droit public les

[1] *Exposé des motifs de la loi du 9 janvier 1872.*

Digitized by Google

plus communément enseignées et pratiquées en France; 2° aux objections tendant à y déroger.

N° 1. — *Principes et faits généraux.*

Dans l'hypothèse de la rétrocession d'une contrée précédemment annexée. M. Alauzet a ainsi formulé et précisé la question[1]. « L'individu né, en France, d'un de ces Français « qui depuis ont perdu leur qualité a-t-il suivi le sort « de son père? » — La réponse est négative et repose sur une série d'arguments dont le meilleur est celui-ci : « Aux « termes du Code civil, un individu né, en France, d'un Fran- « çais est Français. Cela est incontestable. Il ne peut perdre « cette qualité que *par un fait personnel ou par suite d'un* « *événement qui ferait passer le lieu de sa naissance sous une* « *domination étrangère.* Le principe est admis par tous. Enfin « il est également admis, dans notre hypothèse, que l'indi- « vidu est *né sur le sol actuel de la France* et n'a rien fait, « *personnellement*, qui ait pu lui faire perdre la qualité qui « lui a été attribuée au moment où il a vu le jour. *En vertu* « *de la règle posée par la loi française, il tient sa nationalité* « *de son père; mais, une fois qu'elle a été constatée par son* « *acte de naissance, son état civil constitue pour lui* UN DROIT « PROPRE ET UN TITRE PERSONNEL. »

Ce raisonnement, dont la base est l'application de la loi commune, a même force, soit qu'il y ait eu naturalisation individuelle, soit qu'elle ait eu lieu collectivement. M. Légat les assimilait aussi lorsque, « supposant la séparation de pays qui avaient été réunis à la France, » il disait : « *La qualité* « *de l'enfant même mineur est indépendante de celle de son père.* « Ainsi l'enfant né en France ne perd pas la qualité de « Français par cela seul que son père vient à en être dépouillé « pendant sa minorité[2]. »

Il en doit être ainsi. Les deux individualités étant bien distinctes, l'une ne saurait enchaîner ni absorber l'autre. On comprendrait que l'administrateur légal d'un incapable procédât au lieu et place de celui-ci, exprimât en son nom, sous

[1] *De la qualité de Français*, n° 15, p. 9.
[2] *Code des étrangers*, p. 11.

Digitized by Google

peine de déchéance, une volonté ou manifestât un choix, si cette manifestation avait été exigée : mais elle ne l'est pas dans la supposition que nous discutons ici. Un mineur, né ailleurs qu'en Alsace-Lorraine, n'avait ni formalités à remplir, ni déclaration à faire inscrire. Son droit demeurant ce qu'il était dès la première enfance et n'ayant été ni altéré ni amoindri, il subsistait et se suffisait à lui-même. Notre ministre de la justice n'a fait aucune distinction lorsqu'il a écrit dans sa circulaire du 30 mars : « Tous ceux qui ne sont « pas nés sur le territoire cédé n'ont aucune déclaration à « faire et sont Français de plein droit. »

Il n'y aurait pas dès lors à s'enquérir — comme nous l'avions fait au précédent article — de l'étendue des pouvoirs d'un légitime surveillant, puisque celui-ci n'aurait eu ni motif ni prétexte pour intervenir.

S'il avait, pour lui-même, à exercer une option, ses intérêts étaient les seuls dont il eût à prendre conseil, et son état civil serait seul compromis s'il s'était abstenu de ce à quoi il se serait, comme indigène des provinces séparées, trouvé *personnellement* astreint.

En tous cas, c'eût été, par rapport à son fils ou pupille, l'abstention ou *le fait d'autrui*, et notre législation, appréciée dans son économie générale, n'attribue à un pareil fait aucune influence sur l'état des citoyens.

Nous lisons dans le répertoire de M. Dalloz[1] cette réflexion, à l'appui de laquelle il rappelle les articles 17, 19 et 21 du Code civil, en ajoutant : « Dans aucune de ces dis- « positions nous ne voyons que l'acquisition ou la perte de « la qualité de Français puisse être le fait d'un autre que de « celui qui devient Français ou perd ce titre. Toutes exigent « au contraire un fait émané de cet individu. C'est donc « ajouter à la loi, c'est en méconnaître l'esprit que de laisser « à la volonté d'un tiers la nationalité d'une personne. »

En désaccord avec ces opinions si concordantes, M. Fœlix a un système absolu et tout d'une pièce; il l'applique indistinctement aux naturalisations résultant *de la loi*, *de faits politiques* ou d'un choix personnel et spontané. Il ne met pas entre elles la moindre différence, et en effet les raisons de

[1] *Jurisprudence générale*, v° DROIT CIVIL, n° 593.

Digitized by Google

décider sont les mêmes. Suivant lui la naturalisation, même *individuelle*, du mari entraîne celle de la femme; celle-ci, « passe avec lui sous l'empire de la nouvelle patrie choisie « par le mari »..... « De même, continue-t-il, la naturalisa- « tion du père d'enfants mineurs emporte celle de ces « mêmes enfants. » Il estime aussi que celle de la mère survivante leur est communiquée, et il se résume en disant : « Ceux des membres de la famille qui se trouvent dans « une dépendance légale du chef doivent suivre le sort de « celui-ci[1]. »

Posée en termes aussi généraux, cette théorie a peu d'adhérents. « Elle doit, a dit un savant magistrat en la com- « mentant, être repoussée comme inique et comme con- « traire à la pensée de notre législateur. » Si nous plaçons au même niveau l'acte individuel et le fait collectif, que ce soit pour leur appliquer la conclusion à laquelle s'est arrêté M. Demolombe après mûr examen de ce dont il était de part et d'autre argumenté : « Le plus sûr est de s'en tenir aux « véritables principes, qui ne permettent pas aux pères de « changer ni de modifier l'état de leurs enfants[2]. »

Voilà quelle est pour nous la vérité légale.

N° 2. — *Objections ou causes exceptionnelles de dérogation.*

Les décisions rendues en sens contraire reposent-elles sur des considérations qui puissent entrer en balance?

Pour attribuer au père le droit « d'imposer à son fils sa nationalité nouvelle, » la Cour de Chambéry s'est fondée « sur les convenances de la famille, sur l'autorité de la loi « et celle du traité, puisant à la même source le droit de « statuer sur l'état des personnes[3].

De ce triple argument les deux premières parties ne soutiennent pas l'examen. — La loi ne fait pas dépendre de la volonté paternelle le plus précieux des droits civils. — Quant aux convenances de la famille, elles suggéreraient bien plutôt d'éviter de mettre les intérêts de son chef aux prises avec

[1] N° 40, p. 104 et suiv.
[2] P. 1, n° 175.
[3] Arrêts du 22 décembre 1862 et des 3 et 4 mai 1875.

Digitized by Google

ce qu'il a mission de sauvegarder. Le lien existant entre lui et l'enfant ne serait plus un bienfait si, étant resserré outre mesure, il produisait entre eux froissements et antagonismes.

Y aurait-il, en troisième lieu, quelque induction à tirer du traité du 24 mars 1860?—Il fait, dans les deux États, l'objet d'interprétations fort diverses. Celle ayant prévalu à Chambéry[1] a été suivie de concessions dont résulte temporairement un *modus vivendi* fort peu conforme aux stipulations primitives. Ces variations procurent à la partie flottante de la population le moyen de ne satisfaire aux charges publiques et de ne remplir le devoir militaire ni en France ni en Italie. A ce sujet se heurtent et se combattent, dans l'un et l'autre pays, des systèmes discordants sur lesquels nous n'avons pas a nous appesantir. Les conventions franco-sardes, de quelque façon qu'elles fussent entendues, ne sauraient en rien contribuer à déterminer le sens de celles conclues avec l'Allemagne en 1871, dans des circonstances et conditions toutes différentes.

Nous en dirons autant d'un autre arrêt dont les appréciations doctrinales étaient bien plus développées. Il avait été rendu par la chambre des requêtes le 16 juillet 1834 et l'importance du point de droit par lui résolu avait fixé l'attention des corps judiciaires[2].

Statuant sur le sort d'un jeune homme né dans l'intérieur de la France à l'époque (1812) où son père, Belge d'origine, se trouvait temporairement sujet de l'Empire français, il s'exprimait ainsi : «...Attendu que, comme lors de la réunion, « de même lors de la séparation, les enfants ont dû suivre et « ils ont effectivement suivi la condition de leurs pères *cum « legitimæ nuptiæ factæ sint, patrem liberi sequuntur* (L. 19, ff. « *De stat. hom.*) ; — Qu'il est indifférent que la naissance de « ces derniers ait eu lieu avant ou pendant la réunion, qu'elle

[1] La Cour de Turin se prononce comme celle de Chambéry ; la Cour de cassation d'Italie a une jurisprudence toute contraire, et les tribunaux sont divisés. Voir au *Journal du Droit international privé* (2e année, p. 138) l'analyse de ces arrêts communiquée par M. le professeur Pasquale Fiore et M. l'avocat Scasliotti, dont la conclusion est que « le père ne peut imposer « à son fils mineur telle ou telle nationalité », même temporairement.

[2] D. P. 1834, 1, 305.

Digitized by Google

« ait eu lieu dans un ancien ou dans un nouveau département « de France, puisque, si tout ce qui a été complétement et « définitivement consommé pendant la réunion ne peut plus « être détruit d'après le principe : *Quæ semel utiliter constitutæ « sunt, durant, etiam si in eum casum incidérent a quo incipere « non poterant* (L. 85, ff., *De reg. jur.*) ; au contraire, tout ce « qui, comme l'état des personnes et la nationalité, a un trait « successif et continue à s'exercer dans les temps à venir, « demeure toujours sous l'empire des événements et des lois « futures, et est surtout entièrement soumis à la condition « temporaire et résoluble de la cause qui l'a produit, d'après « le principe : *Etiam ea quæ recte constiterunt resolvi putant, « cum in eum casum reciderunt a quo non potuissent consistere.* » (L. 98, ff., *De V. O.*)

Ces considérants généralisaient ce que d'autres arrêts, en grand nombre [1], ont appliqué, comme l'a fait celui-ci, aux familles originaires des provinces rétrocédées en 1814 et en 1815. Une position exceptionnelle, résultant pour elles de la législation alors en vigueur, semblait ainsi être érigée en doctrine absolue et permanente.

Une polémique s'en est suivie ; elle dure encore... « Il est « tout à la fois inexact et dangereux, a fait observer M. De- « molombe, de dire que l'état et la nationalité des personnes « demeurent soumis aux lois futures, en ce sens que ces lois « pourraient rétroactivement détruire l'état une fois acquis, « la nationalité une fois conférée [2]. » A ces critiques se sont associés plusieurs jurisconsultes [3]. Elles ont été accentuées plus vivement encore par M. Alauzet en ces termes : « La loi « française, en attachant la nationalité à la filiation, n'a « point exagéré ce principe à ce point d'*absurdité*, qu'un « Français ne pût jamais avoir un état civil stable et certain. « *L'état civil d'un individu se fixe au moment de sa naissance*, « voilà le principe, et à ce moment, quant à la nationalité, « il dépend de la filiation... Que lui fait le reste ? Que lui fait « que son père ait cessé d'être Français par sa faute (C. civ. « art. 17) ou par force majeure [4] ? »

[1] Cette jurisprudence sera ci-après plus amplement analysée et discutée.
[2] I. I, n° 178.
[3] et [4] Voir notamment Valette sur Prudhon, t. I, p. 129, et Alauzet, n°s 15, 16 et 17.

Digitized by Google

Théoriquement il n'y aurait rien à répliquer à cela. Seulement une volonté contraire avait pu s'être manifestée dans les accords internationaux ou être écrite dans la loi. MM. Aubry et Rau ne s'y sont pas mépris. C'est en remontant *aux modifications apportées par celle du 14 octobre 1814* qu'ils expliquent l'état de choses par suite duquel « les femmes et « les enfants mineurs des ci-devant habitants des provinces « démembrées ont suivi la condition de leurs maris et de « leurs pères[1] ».

Cette légalité dérogeait-elle aux principes généraux de notre droit public? — La discussion amenée sur ce terrain comporte une étude rétrospective dont l'intérêt est historique autant que doctrinal.

§ II.

EXPOSÉ DES PRÉCÉDENTS ET EXAMEN COMPARATIF DES SITUATIONS.

Toute annexion — volontaire ou forcée — produit des résultats identiques, en ce qui concerne la transmission de la souveraineté. Quelques-unes de ses conséquences diffèrent toutefois, parce que les dispositions prises, en l'un et l'autre cas, ne sont pas, à beaucoup près, inspirées d'un même esprit. N'insistons pas sur ces dissemblances déjà signalées[2].

Elles sont moins sensibles quand les nations ont subi la loi d'un vainqueur. Des désastres de même nature les ayant contraints à céder à l'ennemi une partie de leur territoire, ces douloureuses situations se ressemblent toujours à quelques aspects, mais non au point d'entraîner l'application de règles uniformes.

Ainsi il y a eu de très-notables différences à observer entre les vicissitudes du long état de guerre, à la suite desquelles le premier Empire a sombré, et les catastrophes qui ont amené, en 1871, de plus durs sacrifices.

Les liens qui ont été brisés à ces deux époques, n'ayant pas eu même durée, n'avaient pas produit mêmes effets.

Lorsqu'un pays, réuni *depuis peu* à un autre, en est détaché,

[1] *Droit civil français*, t. I, p. 262.

[2] Voir *Revue critique*, t. IV, p. 273 et suiv., *Les différences de situation* relevées au sujet du traité franco-sarde.

Digitized by Google

chacun d'eux reprend ou conserve ses nationaux parce qu'ils sont restés distincts.

Ils l'étaient et le temps n'avait pas encore passé son niveau quand la France perdit, il y a soixante ans, de récentes conquêtes. Les indigènes de provinces primitivement belges, hollandaises, allemandes, suisses ou italiennes faisaient, comme elles, retour à leurs anciens maîtres ou aux États que la politique de la sainte alliance reconstituait.

Les arrêts prenaient soin de constater qu'annexion et séparation s'étaient succédées à peu de distance. On lisait dans celui du 16 juillet 1834 précité : « Les Belges devenus *temporairement* Français sont *redevenus* Belges. » L'instabilité des événements était relevée, avec plus d'insistance encore, le 7 mai 1849, par la Cour de cassation relativement « au fils, « né en France, de l'étranger devenu *temporairement* Français « par le fait de l'incorporation *temporaire* de son pays à la « France [1] ». Cette redite faite à dessein n'était pas une vaine redondance. Elle mettait en relief une considération déterminante, car, en raison de la rapidité des changements et revirements de fortune ainsi survenus, les origines n'étaient pas confondues.

Elles le sont après une assimilation plusieurs fois séculaire.

La fusion s'est alors opérée. Elle était lente autrefois ; elle est actuellement hâtée par la suppression de l'autonomie provinciale. La diversité des races tend à s'effacer lorsqu'elles obéissent aux mêmes lois, et bientôt elles ne forment plus qu'un seul peuple.

Il était donc, en dernier lieu, beaucoup moins facile de discerner quelles personnes devaient suivre le sort du sol démembré. Ce sol même n'avait plus ses limites naturelles et sa configuration traditionnelle.

Dans des conditions aussi peu semblables, les précédents, dont on ne peut se dispenser de tenir compte, ne sauraient être d'un bien grand poids. La remarque en a été faite par le tribunal de la Seine ayant à se prononcer sur une question d'état intéressant le fils d'un Alsacien. Son jugement du

[1] « Le fils d'étranger », au sujet duquel l'arrêt du 7 mai 1849 est intervenu, était « né dans la partie de la Prusse qui avait été temporairement « réunie à la France. » D. P., 49, 1, 132.

Digitized by Google

19 mai 1874 a refusé, avec raison, de prendre pour « règles « de la matière les décisions rendues à l'occasion de traités « intervenus dans des circonstances, analogues sans doute « mais non identiques à celles du procès, à l'égard d'indivi- « dus *pour lesquels la nationalité française n'avait été que tran- « sitoire*[1]. »

Si ces derniers mots indiquent une des causes qui ne permettent pas de suivre aujourd'hui les errements du passé, elle n'est pas la seule. Indépendamment de la plus ou moins longue durée des incorporations de territoires, il y a, sous plusieurs autres rapports, à faire d'instructifs rapprochements entre deux époques ayant, il est vrai, quelques points de conformité, mais ayant aussi leurs traits caractéristiques et leurs conditions propres excluant une identification complète.

N° 1. — *Rétrocessions faites en* 1814 *et* 1815.

Lorsque l'Empire français, après avoir atteint l'apogée de la puissance, eut succombé sous l'effort d'une coalition, elle s'attacha à faire disparaître les traces des longs revers qui l'avaient humiliée. Dans cette pensée, qui alors était dominante, deux traités, conclus à dix-huit mois d'intervalle, ont hautement proclamé et mis en pratique la résolution de faire rétroagir la délimitation qu'ils imposaient.

L'un (celui de 1814) déclarait *conserver* à la France, « l'in- « tégrité de ses limites, telles qu'elles existaient à l'époque « du 1er janvier 1792; » l'autre rétrogradait jusqu'à 1790[2]. Chacun d'eux avait ainsi pris un type, et ils s'y sont à peu près conformés. Sauf quelques exceptions formellement stipulées, tout accroissement de territoire, survenu postérieurement à ces dates fixes et précises, était *annulé de fait*, anéanti, non avenu[3].

Par une insolite extension du *jus postliminii*, les coalisés étaient censés recouvrer ce qui n'aurait pas cessé de leur

[1] Confirmé par la Cour de Paris, le 24 juillet 1874.

[2] Articles 2 du traité du 30 mai 1814 et 1er du traité du 20 novembre 1815.

[3] Voir notamment 30 mai 1814, article additionnel avec la Prusse. Voir aussi Aubry et Roux, § 72, note 27, et Demangeat sur Fœlix, t. Ier, p. 94 et suiv.

Digitized by Google

appartenir. Il semblait qu'en déchirant une page d'histoire ils voulussent chasser d'importuns souvenirs. Cette fiction devenait une réalité puisqu'elle était réciproquement acceptée.

Elle ne remettait pas en question les conventions privées quelle qu'eût été l'époque de leur passation, et soit qu'elles eussent été expresses ou tacites. Personne n'eût songé à porter rétroactivement « atteinte aux actes, aux contrats irrévocablement accomplis[1] », mais, sans aller jusque-là, on voyait dans les rétrocessions opérées le retour à un ordre de choses légitime, et, d'après les idées alors prépondérantes, son rétablissement faisait remonter ses effets au jour même où son cours avait été interrompu.

Les « naturels » des départements temporairement réunis à l'empire étaient donc réputés être restés étrangers sans interruption. Par identité de motifs, il en était ainsi des enfants qu'ils avaient eus dans l'intervalle, quoique ceux-ci eussent, au moment de leur naissance, été comptés au nombre de nos nationaux.

Ce que cette dernière conséquence aurait eu d'exorbitant était pallié par une disposition insérée dans les mêmes actes diplomatiques[2]. En garantissant, pendant six années, aux

[1] Ces mots sont empruntés à l'arrêt de la Cour de cassation, du 12 juin 1874, déjà cité (*Revue critique*, t, IV, p. 277). En répudiant une exagération qui eût outre-passé le but, il ajoute : « Il est de principe, que ce qui, à cet égard, a été complétement et « définitivement consommé, ne peut plus être détruit... » Cette vérité, entendue *secundum subjectam materiam*, est irréfutable. Elle motive péremptoirement la décision intervenue dans une espèce où des époux, momentanément Français, s'étaient trouvés, par le fait seul de leur mariage, placés sous le régime de la communauté légale. Ces effets subsistaient nonobstant le changement de nationalité, car, suivant l'expression de Merlin : « La règle (dont résulte l'immutabilité des contrats) « s'applique aux conventions qui sont sous-entendues dans un contrat par « l'autorité de la loi sous laquelle il est passé. » (*Rép.*, v° EFFET RÉTROACTIF, sect. III, § 3, art. 3).

[2] Articles 17 du traité de 1814 et 7 du traité de 1815. Sans stipuler expressément un droit d'option, ces deux clauses le réputaient préexistant, mais n'en impliquaient pas la déchéance à l'expiration du délai imparti. M. Fœlix, qui les avait interprétées dans ce dernier sens (*Revue du droit français et étranger*, mai 1845), a été en cela réfuté par MM. Aubry et Rau, § 72, note 11, et par M. Alauzet, n° 108. La condition et les formes de cette option étaient réglées par la loi du 14 octobre 1814, devenue l'utile complement de l'acte international.

Digitized by Google

habitants, « de quelque condition ou nation qu'ils fussent, » la faculté de se retirer dans tel pays qu'il leur plairait « de choisir, » elle leur attribuait sinon une option, du moins un droit qui la facilitait et en était l'équivalent.

Pour en favoriser l'exercice, le gouvernement français a rendu et promulgué la loi du 14 octobre 1814. Elle procurait à nos anciens compatriotes les moyens d'en retenir ou d'en recouvrer le titre, par l'obtention de *lettres de déclaration de naturalité.*

Quiconque rentrait, par cette voie légale, en possession de la qualité de Français était considéré comme en ayant constamment joui[1]. Elle appartenait dès lors à tous ceux qui étaient issus de lui, fût-ce même à l'étranger ou sur le territoire rétrocédé[2]. Mais, par une réciprocité toute rationnelle, ils demeuraient (s'il n'avait pas exercé ce recours), en état d'extraneité, sauf à le faire cesser en usant pour leur propre compte du bénéfice de la même loi, quand ils seraient devenus majeurs.

Le plus souvent il n'y avait pas à se préoccuper du lieu où ils avaient reçu la vie, puisqu'ils étaient censés la tenir d'un étranger. Devant cette réflexion les opinions, même dissidentes se sont inclinées en disant : « Tel est, il faut bien le « reconnaître, le résultat du principe une fois admis que le « père de ces enfants est censé n'avoir jamais été Français « s'il n'a pas rempli les conditions imposées par la loi du « 14 octobre 1814[3]. »

[1] Les lettres de *déclaration de naturalité* n'étant pas constitutives d'un droit nouveau, mais simplement déclaratives d'un droit préexistant, produisaient un effet rétroactif. Voir Cassation, 16 juillet 1834 (motifs), 4 mai 1836, Paris, 11 décembre 1847 (D. P., 34, 1, 305, 36, 1, 355, 48, 2, 49); Nancy, Chambres réunies, 21 août 1845 (recueil Garnier); avis du Conseil d'État 17 mai 1823 (*Rép.*, Favard, V° NATURALISATION, n° 3); ordonnances des 26 mai 1824 et 22 juin 1836, Aubry et Rau (§ 72, n° 17 et 21, et autorités citées, *ibid.*). Voir aussi Dalloz, *Jurisprudence générale*, V° DROIT CIVIL, n° 104 et suiv.

[2] Cette solution est la conséquence toute logique de celle qui précède, et si les motifs que Dalloz lui oppose (*l. cit.*, n° 593) sont justes en thèse générale, ils cessent de l'être lorsqu'il s'agit d'apprécier les effets de l'état de choses exceptionnel que la loi du 14 octobre 1814 avait introduit. Coin Delisle estime donc avec raison qu'un père, en satisfaisant à cette dernière loi, conservait à ses enfants comme à lui-même la nationalité française.

[3] Demolombe, t. Ier, n° 178.

Digitized by Google

Un système ainsi coordonné ne méconnaissait pourtant pas que, même en minorité, un *droit individuel* ne pût être définitivement acquis. Il l'était chaque fois qu'il n'avait pas pour unique cause une des annexions annihilées[1]. Il se consolidait en outre sur la tête de l'enfant né *sur un territoire demeuré français*, de celui qui l'étant, alors, avait jusqu'à sa mort continué à l'être[2].

Voilà sous quelles restrictions l'état d'une famille était à la disposition de son chef. Une alternative ouverte à celui-ci lui permettait de choisir sa patrie, en imprimant à sa détermination (sous-entendue ou explicite) une rétroactivité résultant de l'esprit, sinon de la lettre des traités. La nationalité paternelle se communiquait ainsi aux enfants nés depuis le jour auquel elle était *fictivement* reportée, et, en ce sens, il a pu être enseigné qu'ils suivaient la condition de leurs parents[3].

Tout cela était concordant et homogène, sans être strictement conforme à la vérité des faits.

Mais, si ce fut un régime légal, sa durée était limitée et les jurisconsultes qui avaient le plus approfondi ces questions n'hésitaient pas à le reconnaître. L'un d'eux s'exprimait ainsi : « La loi de 1814 était une LOI DE CIRCONSTANCE qui « ne devait être que TEMPORAIRE[4]. » Un autre, insistant sur ce point bien avéré, écrivait : « Les événements politiques, « qui amenèrent, en 1814, la chute de l'Empire, eurent pour « effet de CRÉER UN DROIT SPÉCIAL ET TRANSITOIRE, en ce qui « concernait la naturalisation des habitants des provinces « détachées de la France[5]..... » Un troisième l'appréciait comme constituant une EXCEPTION et ajoutait..... « Il ne « peut avoir d'application que pour les individus dont les « pays natals, en 1814, se sont trouvés séparés de la France. « Ainsi, dans le cas où la France, acquérant de nouvelles « provinces, les céderait ensuite, cette loi ne serait plus « applicable; il en faudrait une nouvelle[6]. »

[1] et [2] Voir *infra* § III, n° 1.
[3] Voir Cassation, 16 juillet 1834, et autres arrêts cités *supra* et *infra*.
[4] Demolombe, t. Ier, n° 160, *quinto*.
[5] Alauzet, n° 106.
[6] Légat, p. 413.

Digitized by Google

On pensait généralement qu'il en serait proposé et c'eût été le seul moyen de dissiper les incertitudes entretenues sur l'état des mineurs issus d'Alsaciens ou de Lorrains. Mais pour que cette attente, autorisée par les déclarations de M. le garde des sceaux Dufaure[1], fût utilement réalisée, elle aurait du l'être avant que le délai d'option fut expiré.

N'étant plus à temps opportun pour faire revivre une législation abrogée[2] ou pour y suppléer, on ne saurait, sans une extrême réserve, emprunter à l'époque où elle était en pleine vigueur des doctrines dont elle a été le fondement et des décisions qu'elle a motivées.

N° 2. — *Cession de l'Alsace-Lorraine en* 1871.

L'embarras aurait été considérable s'il avait fallu, en 1871, déterminer par la seule filiation à quelle patrie appartiendraient ceux dont l'état civil fut alors inopinément remis en question. Il n'aurait pas suffi, comme en 1814 et en 1815, de remonter une ou deux générations. Elles s'étaient succédées en bien plus grand nombre depuis que la Lorraine et même l'Alsace étaient françaises.

Observons d'ailleurs qu'il n'est fait, ni de l'une ni de l'autre, cession intégrale. Entre la partie conservée par la France et celle qui en est distraite, il n'y a d'autre démarcation qu'un tracé convenu entre les puissances signataires. Répondant à des considérations actuelles, à de subites exigences ou à des concessions réciproques, il n'a pas la consécration du temps.

Combien d'hésitations et de perplexités n'eût pas comportées un travail qui, pour reconstituer les familles et les répartir entre les deux États limitrophes, aurait eu a rechercher si elles avaient leurs souches sur le territoire sis en deçà ou au delà de ces nouveaux confins !

En pareil cas le meilleur parti est de s'attacher principalement au lieu de naissance. On s'explique dès lors que cette ouverture, faite par M. le comte d'Arnim, le 12 décembre 1871, ait été accueillie avec empressement par notre ministre des

[1] Circulaire du 30 mars 1872.

[2] La loi du 14 octobre 1814 est abrogée par l'article 4 de la loi du 3 décembre 1849.

Digitized by Google

affaires étrangères, comme étant « destinée à résoudre de « nombreuses difficultés pratiques[1]. »

Elles auraient été presque insolubles, et grâce à ce mode de procéder fort simple, il n'y aura qu'à s'enquérir si la personne dont l'état aura été mis en discussion est ou n'est pas native d'une localité cédée à l'Allemagne.

Cette combinaison — comme toutes celles où le *jus soli* prédomine — aura quelquefois pour effet de fractionner les familles. Père, mère, aïeux, frères et sœurs, enfants de tous âges, relèvent isolément soit de la souveraineté qui a retenu, soit de celle qui s'est annexée la portion du sol où est né chacun d'eux. Des femmes et des mineurs peuvent dès lors avoir une patrie autre que celle des maris, parents ou tuteurs auxquels ils demeurent pourtant subordonnés.

Y a-t-il à cela quelque anomalie? — Quel motif aurait-on de qualifier ainsi ce qui arrive très-régulièrement quand, de son plein gré ou par l'effet de quelque déchéance, un chef de famille abdique sa nationalité d'origine ou la perd?

La loi elle-même a prévu le cas où des enfants d'un naturalisé Français ne le seraient pas *ipso facto* et auraient, pendant toute leur minorité, une patrie autre que la sienne[2]. L'hypothèse inverse n'est pas moins admissible. Elle a aussi des précédents.

Nous les croyons préférables à ceux qui avaient leur source et trouvaient leur explication dans une rétroactivité toujours anomale, quelque tempérée qu'elle fût. Les conventions actuelles en sont exemptes : elles excluent toute fiction. Comme la remarque en a été récemment faite, « aucune dis- « position du traité n'autorise à en faire remonter les effets « à une époque antérieure à la cause qui les a produits et à « faire considérer comme étranger *ab initio* celui qui, en « réalité, a été Français jusqu'au traité[3]. »

Terminons par une réflexion se rattachant à un autre ordre d'idées.

Quand l'Allemagne, par l'organe de l'un de ses représen-

[1] Voir dépêche du 29 décembre 1871 déjà citée.

[2] Loi du 7 février 1851, article 2.

[3] Jugement du tribunal de la Seine, 19 mai 1873, affaire Blum. Voir *infra* § III, n° 2.

Digitized by Google

tants les plus avoués, a déclaré « qu'elle considérait comme « originaires d'Alsace-Lorraine tous ceux qui étaient nés sur « ce territoire [1], » elle n'a pas excepté les mineurs dont les parents, natifs d'un département resté français, auraient conservé cette qualité sans avoir à faire aucune autre justification. Elle supposait donc la coexistence de deux nationalités différentes, qui simultanément se continueraient, l'une dans la personne du père ou tuteur et l'autre dans celle de l'enfant.

La réciprocité se présumant de droit dans les accords internationaux, nous sommes aussi autorisés à dire que l'enfant né hors des provinces cédées a gardé intact son état civil, nonobstant les effets produits sur sa famille par le démembrement.

§ III.

JURISPRUDENCE.

Malgré d'apparentes contradictions, une double pensée se dégage des arrêts intervenus sur la matière. — En l'absence de dispositions expresses qui aient prévu l'état de minorité, ils appliquent la loi générale du pays et le droit en vigueur. — Ils s'en écartent cependant lorsqu'un ensemble de faits significatifs et les conditions dans lesquelles les distractions ou remaniements de territoires se sont accomplis impliquent suffisamment que telle a été la volonté des hautes parties contractantes.

Sans être écrite cette volonté doit être obéie. En toutes occurrences, aussi bien dans celles intéressant plusieurs peuples que quand il s'agit d'une simple réglementation de droits privés, les circonstances qui accompagnent et déterminent les conventions contribuent à en révéler l'esprit.

Nous l'avons séparément recherché dans les actes internationaux antérieurs à 1871 et dans celui que cette funeste année vit souscrire. En continuant à distinguer ces deux époques nous apprécierons d'autant mieux l'objet et la portée des décisions judiciaires afférentes à chacune d'elles.

[1] Opinion émise dans les conférences de Francfort et dans la correspondance continuée depuis leur clôture. Voir *Revue critique*, t. IV, p. 282 et 283.

Digitized by Google

N° 1. — *Période antérieure à* 1871.

La plupart des procès ayant fait surgir ces sortes de questions concernaient des originaires de pays dont l'éphémère annexion avait pris fin en 1814 ou 1815. Tantôt fut appliquée la législation transitoire et toute spéciale qui existait alors; tantôt on dut revenir à des principes permanents ayant une autorité plus durable.

I. Droit transitoire. — A la première catégorie appartiennent des décisions assez nombreuses ayant statué sur l'état des enfants dont les pères étaient indigènes des provinces rétrocédées, quand ni les uns ni les autres n'avaient usé des moyens légaux mis à leur disposition pour retenir la nationalité française.

Le plus souvent il a été jugé que cette abstention la leur avait fait perdre : mais, en continuant ainsi la jurisprudence dont les premiers jalons avaient été posés par la chambre des requêtes le 16 juillet 1834, les arrêts postérieurs ne s'en sont pas approprié les motifs généraux. Le seul auquel ils se soient attachés a été l'inaccomplissement des prescriptions de la loi de 1814, dont un commentateur a fort justement dit : « Elle est toute entière d'exception[1]. »

Elle l'était à l'égard de l'enfant né, pendant la réunion, dans un des départements depuis lors détachés, et y ayant eu encore son domicile au moment où la rétrocession s'était opérée. Un arrêt, où nous retrouvons le cachet de l'époque, caractérise cet acte politique comme ayant « rendu au pays « son ancienne nationalité[2]. » On entendait ainsi renouer la chaîne des temps pour ceux des *naturels* qui ne se seraient pas conformés à l'article 3 de la loi du 14 octobre 1814.

Aux termes des deux premiers articles de la même loi, ceux qui s'étaient « établis sur le territoire actuel de la « France » étaient plus favorablement traités, mais la condition de l'enfant qu'ils y auraient eu *dépendait* aussi *de celle de son père*. Après s'être ainsi exprimé, cet autre arrêt ajoutait : « Les étrangers qui, nés dans les pays réunis à la France « depuis 1791, n'avaient acquis la qualité de Français que par

[1] Légat, p. 413.
[2] Cassation, 10 mars 1858, D. P., 58, 1, 313.

Digitized by Google

« cette réunion, ont perdu cette qualité par la séparation de « ces pays opérée en 1814, lorsqu'ils n'ont pas rempli les « conditions imposées par la loi du 14 octobre 1814 [1]. »

Une large et libérale option était ainsi autorisée, et la jurisprudence qui s'est formée [2] l'a prise pour base.

Elle a en même temps caractérisé en ces termes *les lettres de déclaration de nationalité :* « Elles conservent la qua- « lité de Français préexistante et ne la confèrent pas [3]. » Les mineurs en bénéficiaient ; ils étaient supposés avoir eu, sans interruption, depuis leur naissance, cette qualité plus tard sauvegardée en la personne de leurs auteurs. La rétroactivité était en cela bienfaisante et réparatrice.

En outre ils avaient eu la faculté de manifester eux-mêmes leur choix, au fur et à mesure qu'ils avaient atteint leur majorité [4]. Continuées pendant trente-cinq ans, ces facilités avaient fait à tous une position si favorable qu'ils devaient s'en prendre à eux seuls s'ils ne l'avaient pas mise à profit.

Voilà quel a été, dans son ensemble, un état de choses qui a reçu de fréquentes sanctions judiciaires. Aucune d'elles ne pourrait fournir argument à l'encontre des Alsaciens-Lorrains. C'était un régime à part, et d'ailleurs il a fait son temps : la loi du 3 décembre 1849 l'a supprimé. Il n'appartient plus qu'à l'histoire.

II. Application du droit commun a quelques espèces. — Lorsqu'on était encore sous l'empire de la loi qui fut, avec raison, qualifiée *loi de circonstance*, diverses questions, incidemment soulevées, reçurent des solutions dont l'autorité subsiste aujourd'hui et n'est en rien amoindrie.

1° Des habitants de pays réunis avaient eu des enfants qui, nés sur le territoire français, l'auraient eu pour patrie en

[1] Cassation, 1er août 1836 (*Palais*, 2, 1837, 6).

[2] *Sic*, 9 juillet 1844, 7 mai 1849 (D. P., 44, 1, 307, 49, 1, 131), Lyon, 2 août 1827 ; Grenoble, 18 février 1831 ; Douai, 16 mars 1829 et 17 janvier 1848 ; Paris, 13 novembre 1847 ; Aix, 23 janvier 1853 ; Cour d'assises de la Seine, 7 février 1835 (D. P., 28, 2, 56 ; Sirey, 33, 2, 527 ; 30, 2, 67, et 48, 2, 433 ; D. P., 55, 2, 355, et 35, 2, 103). Ord. du Conseil d'État, 11 février 1842 (Sirey, 42, 2, 550).

[3] Cassation, 4 mai 1836, *sic* ; Cassation, 16 juillet 1834 (motifs). Nancy, 21 août 1845 ; Paris, 11 décembre 1847, et autres autorités citées *supra*.

[4] Cassation, 10 mars 1858 (D. P., 58, 2, 313).

Digitized by Google

vertu des constitutions alors en vigueur[1]. Cette patrie leur a été conservée, bien qu'ils fussent encore mineurs au jour où des revirements politiques en avaient imposé une autre à leurs parents. Chacun d'eux, a dit la Cour régulatrice, dans deux arrêts ayant même date, « a une *nationalité propre*, « *distincte*, *indépendante de celle de son père*, résultant d'un « privilége *personnel* complétement étranger à celui-ci[2]. » c'était exclure le système qui, confondant leur sort, leur eût fait une situation forcément identique.

2° Dans des conditions fort différentes la discussion s'est engagée sur le point de savoir si un père, devenu Français par annexion et décédé avant qu'elle eût cessé, n'avait pas transmis à son fils un titre indélébile. Il devait l'être en effet, car la *dénationalisation* du chef de famille n'ayant pas eu lieu, la fiction qui l'eût fait rétroagir et eût ainsi produit celle de ses enfants était devenue impossible. Avec cette fiction disparaissait le droit exceptionnel en dérivant, et l'on était ramené à l'observation des règles ordinaires.

La Cour de cassation les a appliquées dans un cas où le lieu natal de l'enfant était resté France. Son arrêt du 13 janvier 1845 porte que « cet état (la nationalité de l'enfant) « a constitué pour lui, bien qu'il fût encore mineur, *un* « *droit propre et un titre personnel*, *non soumis à l'éventualité* « *résultant de la nationalité première de son père*, et que, pour « conserver ce droit, il n'était obligé de remplir aucune « condition à l'époque de sa majorité[3]. »

Reproduisant ce motif, la Cour de Paris s'est prononcée de même le 11 décembre 1847, bien que l'enfant fût né dans le pays successivement réuni et détaché, mais, en fait, il

[1] Constitutions du 3 septembre 1791, t. II, art. 2; du 24 juin 1793, art. 4; du 5 fructidor, an III, titre Ier, art. 8; du 22 frimaire an VIII, art. 2.

[2] Voir deux arrêts de cassation du 5 mai 1862, D. P., 62, 1, 229. Voir dans le même sens, Nancy, 29 novembre 1849; Douai, 11 novembre et 16 décembre 1846, 1er juin 1855; D. P., 51, 2, 35, 47, 4, 196, 56, 2, 105; Aubry et Rau, § 72, note 23.

[3] Cet arrêt rapporté, D. P., 45, 1, 88, est critiqué par Fœlix (*Revue française et étrangère de législation*, 1845, p. 345), et par Dalloz (*Jurisprudence générale*, v° Droit civil, n° 596); mais la doctrine s'est ralliée à la solution qu'il contient: *sic* : Demangeat sur Fœlix, t. Ier, p. 102, note *a*; Aubry et Rau, § 72, note 25.

Digitized by Google

était avéré que, lors de la séparation, il avait domicile en France[1].

Eût-il reçu la vie ou se fût-il établi sur un sol étranger (autre que celui dont les traités stipulaient la restitution), les mêmes raisons auraient été déterminantes. Reposant sur une des vérités fondamentales dont notre législation s'est inspirée, elles différaient en cela du régime d'exception qui existait concurremment et commandait aussi obéissance.

Ainsi s'expliquent de prétendues contradictions. Suivant qu'il était fait application de la loi commune ou de dispositions y ayant dérogé, les solutions différaient. En jugeant, le 10 mars 1858, que l'inexécution des obligations édictées en l'article 3 de la loi du 14 octobre 1814 avait produit le changement d'état d'un enfant *dont le père était mort avant la rétrocession*[2], la Cour de cassation ne s'est pas mise, comme on l'a cru[3], en désaccord avec son arrêt prérappelé du 13 janvier 1845. Les espèces ne se ressemblaient nullement. La plus récente concernait « des individus *nés et encore* « *domiciliés* dans les départements qui, après avoir fait partie « de la France, en ont été séparés..... » C'était une hypothèse définie, limitée et en vue de laquelle ce texte fort explicite de la loi du 14 octobre, avait restrictivement disposé. Il s'écartait des principes généraux, mais à deux conditions et, quand l'une de celles-ci faisait défaut, ceux-là reprenaient toute leur force.

En dehors de ces dérogations un droit individuel était reconnu au mineur. Il était distinct de celui de ses parents et devait être isolément apprécié.

[1] D. P., 48, 2, 49.

[2] D. P., 58, 1, 313.

[3] Voir la note de l'arrêtiste qui se trouve au recueil de Dalloz, *eod*; Fœlix, *l. c.*, et Alauzet, n° 16. Mais, comme le font observer MM. Aubry et Rau, *eod.* : « l'arrêt du 10 mars 1858 n'est pas contraire à celui du 13 janvier 1845. Dans l'espèce sur laquelle il a statué, le père était décédé dans « le pays successivement réuni et séparé, l'enfant y était né et s'y trouvait « encore lors de la séparation... » *Sic* Demangeat, *eod.*

Digitized by Google

N° 2. — *Débats et décisions se rapportant plus spécialement aux Alsaciens-Lorrains.*

Dès les premières instances judiciaires engagées au sujet d'enfants mineurs dont les familles appartenaient aux deux provinces cédées en 1871, on a compris l'utilité des rapprochements que le passé pouvait fournir, et à défaut desquels on n'aurait pas saisi la véritable signification de nombreux arrêts antérieurs.

L'intéressante question de droit qu'ils avaient résolue était de nouveau agitée et, dans un procès ayant passé, en 1874, par les deux degrés de juridiction, elle se reproduisait sous des aspects divers.— Moïse Blum, Alsacien, avait eu, à Paris, le 20 février 1853, un fils, nommé Edmond-Jules. Sans se préoccuper des obligations résultant du traité conclu avec l'Allemagne, Moïse, alors établi à Genève, s'y était fait naturaliser, le 3 novembre 1871, ainsi que sa femme et ses enfants.

Faisant partie de la classe de 1873, Edmond Blum, contestait la validité de son inscription sur les tableaux de recensement. Il prétendait être citoyen génevois et avoir, en tous cas, suivi la condition de son père, qui, n'ayant pas opté, aurait subi la nationalité du conquérant. De ces deux systèmes, le premier est définitivement condamné[1]. Le second se résumait ainsi : Un jeune Français perd-il cette qualité par l'effet de la naturalisation collective qui, pendant sa minorité, a soumis ses parents à une souveraineté étrangère? Le tribunal de la Seine avait répondu négativement, le 19 mai 1874, se fondant à la fois sur les conventions de Francfort et sur les principes généraux..... « Si la nationalité « du fils, portait ce jugement, est, à l'origine, la même que « celle du père, elle est, par la même raison, indépendante « du changement de volonté de celui-ci, aussi bien que de « toute circonstance qui ne lui serait pas personnelle[2]. »

L'arrêt confirmatif, du 24 juillet suivant, est tout aussi péremptoire; on y lit, entre autres motifs..... « que les effets

[1] Voir *Revue critique*, t. IV, p. 480 et suiv.

[2] Le jugement et l'arrêt sont rapportés dans la *Gazette des tribunaux* et le journal *le Droit*, 1874.

Digitized by Google

« de la dénationalisation, produits par des traités diploma-
« tiques de cession de territoire, sont réglés par les stipu-
« lations de ces traités, qui doivent être appliqués dans le
« sens le plus strict ; — Que d'après les traités des 10 mai
« et 11 décembre 1871, conclus entre la France et l'Alle-
« magne, la cession de l'Alsace-Lorraine a fait perdre la
« nationalité française aux sujets originaires de ce pays
« qui, dans un délai déterminé, n'auraient pas opté pour la
« qualité de Français et transporté leur domicile en France;
« — Qu'il résulte, tant de la lettre des traités que des expli-
« cations diplomatiques qui s'y sont rattachées, que le fait
« d'origine a été pris comme *criterium* unique de dénatio-
« nalisation, en sorte que la qualité de Français ne pouvait
« être enlevée qu'à ceux qui seraient nés dans l'Alsace-
« Lorraine démembrée du territoire de la France[1]. »

Cette interprétation, conforme aux déclarations ayant précédé et accompagné le traité d'annexion et la loi ratificative, n'a pas mis fin aux dissidences. Elles reparaissaient l'année suivante avec des particularités propres à en augmenter l'intérêt. Un sieur Stein, resté à Metz et devenu Allemand faute d'option, désavouait un enfant dont sa femme était accouchée à Paris, en 1857, au cours d'une instance en séparation de corps, et dont elle lui avait caché la naissance. Porté à la première chambre, comme le précédent, ce procès a occupé les audiences des 28 mai, 4, 18 et 25 juin 1875. Une exception d'incompétence, motivée sur l'extranéité des parties, a été *soulevée d'office* par le ministère public. Il s'autorisait de la jurisprudence analysée sous le précédent numéro pour soutenir « qu'un mineur ne pouvait avoir d'autre nationalité que celle de son père. »

Le déclinatoire a été repoussé par jugement où il est dit :
« Qu'il est admis par les principes généraux de notre droit
« que le mineur ne peut être dépouillé de sa nationalité par
« un fait indépendant de sa pleine et libre volonté ;—Qu'ainsi
« la naturalisation de son père, survenue après sa naissance,
« est impuissante pour lui enlever la qualité de Français; —
« que de ces principes il ressort que le changement de na-
« tionalité ne peut résulter d'une présomption ou d'une

[1] *Gazette des tribunaux* et journal *le Droit*, 1874.

Digitized by Google

« induction, et que, pour être admis dans l'espèce, il doit « être imposé par le texte même des traités de 1871 ; — Que « les traités des 10 mai et 11 décembre 1871 ne soumettent « au changement de nationalité que les sujets français origi- « naires des territoires cédés ; — Que cette expression com- « prend seulement les individus *nés* en Alsace-Lorraine, ainsi « qu'il résulte soit des négociations constatées par les proto- « coles de Francfort, soit des dépêches échangées par les « représentants diplomatiques ; — Qu'en vain on prétendrait « que le mot *originaires* s'applique exclusivement aux ci- « toyens majeurs et que les mineurs ne sont pas compris « dans les dispositions des traités avec l'Allemagne, qui les « considéraient comme des êtres privés d'une personnalité « civile et dont les droits se confondaient avec ceux du père « de famille ; — Que telle n'a pas été la pensée qui s'est fait « jour dans les négociations qui ont précédé la convention « additionnelle de Francfort ; — Que, sur l'initiative des « plénipotentiaires français demandant quelle serait la situa- « tion des mineurs, les plénipotentiaires allemands, loin de « subordonner les droits de ceux-ci à la nationalité de leurs « pères, ont répondu *qu'il n'y avait pas de distinction à faire « entre les mineurs non émancipés, et que le concours de leurs « représentants légaux serait nécessaire pour la déclaration d'op- « tion des mineurs ;* — Que cette réponse, confirmée dans la « séance suivante, a été inscrite dans les protocoles des 6 et « 13 juillet revêtus de la signature des plénipotentiaires ; « — Qu'ainsi se trouve fixé le sens du traité appliquant l'ex- « pression : *originaires* et ouvrant le droit d'option aux mi- « neurs aussi bien qu'aux majeurs nés en Alsace-Lor- « raine... »

Constatant ensuite *que le droit personnel* dévolu au mineur Stein ne pouvait lui être enlevé que *par sa volonté ou par la loi*, le jugement ajoute : « Il conserve dans son intégrité la « nationalité française que lui ont conférée, à sa naissance, « sa filiation et le lieu de son origine[1]. »

Est-ce le dernier mot de la justice sur une polémique qui a eu des phases diverses et aura bientôt duré un demi-siècle ou peu s'en faut ? — Commencée dans un état de choses fort

[1] Voir *le Droit* et la *Gazette des tribunaux*, 10 juillet 1875.

Digitized by Google

différent de celui où nous nous trouvons aujourd'hui, elle a été alimentée par une théorie trop absolue écrite en l'arrêt de la chambre des requêtes du 16 juillet 1834, par les discussions venues à la suite, enfin par l'erreur persistante de la Cour de Chambéry et de quelques autres. Pour l'entretenir il est principalement argumenté de prétendus *usages du droit des gens* et de *l'unité morale de la famille*. Or nous ne saurions considérer comme *usages établis* des précédents essentiellement variables. Ils ont changé suivant les temps, les lieux, le progrès des idées libérales ou philosophiques. Quant aux liens de famille ils subsistent entre ceux qui, de leur plein gré ou même par force majeure, appartiennent à différentes nations, et nulle part dans le monde civilisé l'appui des lois ne fait défaut au pouvoir paternel ou à l'autorité maritale.

ARTICLE IV.

DE L'INFLUENCE DE L'ANNEXION SUR DES CHANGEMENTS D'ÉTAT DONT ELLE N'EST PAS LA CAUSE DIRECTE.

Après avoir exposé les effets produits par une séparation de territoires sur la population du pays démembré, notre étude est appelée sur les faits subséquents, sur des droits civils qui, sans être directement atteints par cette séparation, se sont trouvés temporairement suspendus, sur d'autres qui ont été, sont encore ou seront plus ou moins longtemps altérés, mis en péril ou contestés. — Indépendamment de ses résultats immédiats, le changement de souveraineté a eu et aura des conséquences éloignées.

Elles comportent l'application de règles spéciales. Les conditions attributives de nationalité diffèrent essentiellement selon qu'elles déterminent l'état de personnes existantes lors de l'annexion ou qu'elles s'appliquent aux temps ultérieurs. Pour résoudre beaucoup de ces questions, il importerait — et c'est un point en quelque sorte élémentaire — de connaître l'époque précise de la *dénationalisation* du sol. Or, à cet égard, les instructions ministérielles sont muettes. Si la jurisprudence a parfois suppléé à leur silence, ses arrêts se sont trouvés en désaccord avec quelques-unes

Digitized by Google

des mesures prises par la haute administration. De pareilles dispositions mettent les justiciables en grand embarras.

I. Quand le démembrement s'est-il opéré? — La date de la prise de possession d'une contrée par l'ennemi est tout à fait indifférente. Publicistes [1] et jurisconsultes [2] l'enseignent. Une invariable jurisprudence se résume en ces mots, empruntés à l'un de ses arrêts : « L'occupation par une armée étrangère « et ennemie n'a pas fait perdre, à la partie du territoire « ainsi occupée, la qualité de territoire français [3]. » Il n'importerait « qu'en vertu d'un prétendu droit de conquête, « l'envahisseur eût exercé l'autorité administrative et judi- « ciaire [4] » Si, par cet exercice prématuré du pouvoir souverain, il avait interrompu le fonctionnement régulier des juridictions, c'eût été un « *empêchement* [5], » un acte de violence et d'oppression dépourvu d'autorité légale. Pour lui en reconnaître il eût fallu — comme la Cour de cassation le donne à entendre — qu'un traité ultérieur « contînt à cet « égard une stipulation expresse [6]. » Il n'y aurait même pas, sous ce rapport, de distinction à faire entre le pays cédé au conquérant lors de la conclusion de la paix [7] et celui dont l'occupation aurait été temporaire [8].

[1] Suivant Burlamaqui (*Droit politique*, 4e partie, ch. VIII)... Le vain- « queur qui s'est emparé du païs de l'ennemi peut y commander pendant « qu'il le tient et ne s'en dessaisir que quand il a, par devers lui, de bonnes « suretés qu'il obtiendra ou qu'il possedera, sans crainte, ce qui est néces- « saire pour la satisfaction ou pour les dédommagements qu'il a droit « d'exiger par les voies de la force... » Mais, quelques lignes plus loin, le même auteur conteste : « Qu'on acquière sur les vaincus et en vertu de la « victoire un droit de souveraineté absolue et perpétuelle. C'est seulement « une occasion favorable de l'acquérir, et il faut toujours pour cela le con- « sentement expres ou tacite des vaincus. » Voir aussi Puffendorf, *du Droit naturel et des gens*, livre VIII, ch. VI, 21.

[2] Voir Aubry et Rau, § 72, Demolombe, t. Ier, p. 157, Duranton, p. 133, Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° Souveraineté, n° 52 et s. Lois, nos 101 et 5, et les autorités citées, *eod.*

[3] *Metz*, 29 juillet 1871, D. P., 71, 2, 132.

[4], [5] et [6] Cassation, 21 septembre 1871, D. P., 71, 1, 183.

[7] Cassation, même arrêt, précédé d'un rapport de M. le conseiller Salneuve. *Sic*, Bordeaux, 25 janvier 1820 (sous Cassation, D. P., 25, 1, 272).

[8] Cassation, 24 juin 1872; Nancy, délibération du 8 septembre 1870; Laon, *idem*, 15 octobre 1870; Metz, arrêt, 29 juillet 1871 (D. P., 73, 5, 6, 71, 2, 57 et 132, 3, 30).

Digitized by Google

En guerre, la force prime mais ne crée pas le droit. — Convient-il néanmoins de faire remonter ce droit au 2 mars 1871, date de la loi ayant ratifié les préliminaires de paix signés à Versailles le 26 février précédent? — Cette opinion a eu et semble avoir encore pour adhérent M. le ministre de la guerre: car un rapport de comptabilité soumis, le 1er juillet 1875, à M. le maréchal-président, au sujet de l'emploi des offrandes nationales, porte, à la colonne des dépenses, un article ainsi conçu : « Arrérages payés pour la période écoulée « du 5 septembre 1870 *au* 2 *mars* 1871, *date de leur change-* « *ment de nationalité*, aux Alsaciens-Lorrains titulaires de com- « pléments de pensions...[1] »

Une raison assez plausible pouvait faire en effet penser que, dès le 2 mars, cette première ratification avait, en arrêtant les hostilités, accepté et légalisé leurs funestes conséquences. La cession était une des conditions impérieusement posées, avec une délimitation qui a été, en grande partie, maintenue et rendue définitive par le traité du 10 mai suivant. N'oublions pourtant pas qu'en si grave occurence tout est de droit strict. Si un changement de nationalité ne peut résulter d'une présomption ou d'une induction[2], s'il « doit « être *imposé*[3], » il serait insolite d'en devancer l'époque. Deux actes diplomatiques s'étaient succédé. Le premier, suivant ses propres expressions, indiquait « ce qui devait servir « de base préliminaire à la paix définitive à conclure ulté- « rieurement. » C'était donc un état de choses tout à fait hypothétique. Il n'est devenu irrévocable que quand la seconde convention, intervenue trois mois plus tard, l'a eu réalisé et coordonné. Celle-ci a, en même temps, réglé, relativement *à l'état des personnes*, ce que les précédents accords avaient seulement laissé entrevoir.

Accessoirement à d'autres solutions, plusieurs arrêts de la Cour de cassation contiennent à cet égard des énonciations utiles à consulter. L'un d'eux est émané de la chambre civile le 22 janvier 1872[4]. Il mentionne que le pays cédé « par suite

[1] *Journal officiel*, 12 juillet 1875.

[2] et [3] Tribunal de la Seine (*Droit* et *Gazette des tribunaux*, 12 juillet 1875).

[4] D. P., 72, 1, 53.

Digitized by Google

« des traités des 26 février et 10 mai 1871 a été séparé du « territoire de la France. » La chambre criminelle avait été plus explicite, le 8 juin 1871 [1], dans un considérant relatif aux effets légaux que la paix avait produits. « Elle n'a été « conclue, y était-il dit, que le 10 mai, par le traité de Franc- « fort, lequel n'a été ratifié par l'Assemblée nationale que le 18, « et n'a été publié dans le *Journal officiel* que le 31 du même « mois. » Le 12 août suivant la même chambre a rappelé, avec de légères variantes [2] que l'annexion était résultée du traité *ratifié le* 20 *mai et promulgué le* 30. Tout concorderait donc pour exclure le système qui l'eût reportée soit au 26 février précédent, soit au 2 mars de la même année.

Un élément d'appréciation, plus sûr et plus péremptoire que ne pouvaient l'être des décisions rendues quand les conférences duraient encore nous est fourni par la convention additionnelle du 11 décembre 1871. Il appartenait à ses signataires de déterminer d'un commun accord le moment où la nouvelle domination serait réputée avoir été substituée à l'ancienne. Ils l'ont fait ; ils ont avancé d'une dizaine de jours le temps auquel les supputations judiciaires auraient abouti, et ils ont stipulé (art. 3 de cette annexe) : « ...Il est « entendu : 1° que tout jugement prononcé, par les tribunaux « français, entre citoyens français, et ayant acquis l'autorité « de la chose jugée *avant le* 20 *mai* 1871, *sera considéré comme* « *définitif et exécutoire de plein droit, dans les territoires* « *cédés*. »

Le même ordre d'idées se retrouve au n° 6 de cet article, où on lit : « ... Les procédures d'appel et pourvois en cassation « régulièrement engagés *avant le* 20 *mai* 1871 seront vidés « par les tribunaux, qui s'en trouvent saisis, à moins que, par « suite de la démarcation des frontières respectives, les « parties en cause ne se trouvent toutes deux soumises, en « matière personnelle, à la compétence des tribunaux de « l'autre État. »

Enfin l'article 7 ayant en vue « d'assurer la garantie et « l'exercice des droits hypothécaires, » y met pour condition qu'ils aient été « *acquis avant le* 20 *mai* 1871. »

[1] D. P., 71, 1, 80.
[2] D. P., 71, 1, 365.

Digitized by Google

Cette date itérativement répétée révèle la pensée des plénipotentiaires. En déclarant « exécutoires de plein droit, dans « les territoires cédés, » les contrats et les jugements émanés de fonctionnaires ou magistrats institués par le gouvernement français, l'Allemagne lui reconnaissait jusqu'au 20 mai une souveraineté à laquelle succédait la sienne. Pour préciser cet instant il n'est pas, suivant nous, de *criterium* plus certain. C'est le 20 MAI 1871 que la cession de nos regrettées provinces est légalement réputée s'être accomplie.

II. QUELLES RÈGLES ONT ÉTÉ DEPUIS LORS OBSERVÉES POUR LA TRANSMISSION DES NATIONALITÉS? — Le passage d'une souveraineté à l'autre a été le point de départ d'une période de transition dont les caractères et les principaux effets ont été ci-dessus appréciés. Le régime ainsi introduit modifiait, de façon assez grave, celui d'après lequel les nationalités s'étaient jusqu'alors continuées héréditairement dans les familles. Un fractionnement s'opérait en celles-ci par suite de déterminations individuelles dont résultait pour les uns l'abdication d'une patrie que d'autres conservaient. Mais toute exception est limitée, et celle que les exigences de la situation avaient justifiée devait, prenant fin avec les délais d'option; laisser place aux errements traditionnels. La filiation redevenait alors le mode normal de la transmission des droits de régnicole.

Lorsque des légalités différentes se succèdent ainsi, les faits accomplis pendant la durée de chacune d'elles conservent leur force et produisent leurs légitimes conséquences. Le retour au principe, que les nécessités politiques avaient interrompu, laisse subsister les dérogations survenues dans l'intervalle et il n'en résulte ni antagonismes ni complications d'aucune sorte. ROBINET DE CLÉRY.

(*La fin à la prochaine livraison.*)

Digitized by Google

LEÇON D'OUVERTURE DU COURS DE DROIT CIVIL[1]

APPROFONDI DANS SES RAPPORTS AVEC

L'ENREGISTREMENT,

Par M. Ernest Dubois,
Professeur à la Faculté de droit de Nancy.

SOMMAIRE.

I. L'enseignement de l'enregistrement est organisé pour la première fois d'une manière permanente : initiative et persévérance de la ville de Nancy.

II. Ce que doit être le cours, suivant la pensée de ses fondateurs.

III. Plan du cours. Sa division en deux parties. — Partie générale : Notions préliminaires et historiques; analyse de la loi de frimaire et des lois postérieures. — Partie spéciale : explication des titres du Code dans leurs rapports avec l'enregistrement, en commençant par le titre des contrats ou des obligations conventionnelles en général.

IV. Principes fondamentaux de la matière expressément écrits dans le texte de la loi : distinction des droits fixes et des droits proportionnels (droits gradués); — assiette sur les valeurs; — non-restitution des droits régulièrement perçus, etc...

V. Principes fondamentaux qui ne sont pas écrits dans la loi en termes exprès, mais qui sont unanimement ou très-généralement reconnus : distinction des droits d'acte et des droits de mutation ; — le droit commun domine le droit fiscal, etc...

I

Messieurs,

Mon premier devoir, en ouvrant devant un auditoire d'élite[2], le cours de *Droit civil approfondi dans ses rapports avec l'enregistrement* est de rendre hommage aux fondateurs du

[1] Faite à la Faculté de droit de Nancy, le 19 janvier 1875.

[2] Parmi les personnes qui assistaient à cette leçon se trouvaient le procureur général près la Cour d'appel, le président du tribunal civil et plusieurs autres membres de la magistrature, le maire de Nancy et plusieurs autres membres du conseil municipal, le directeur, l'inspecteur, les vérificateurs et les receveurs de l'enregistrement et des domaines, le bâtonnier de l'ordre des avocats et un grand nombre de ses confrères, le président de la chambre des notaires, tous les professeurs de la Faculté de droit, presque tous les jeunes docteurs et aspirants au doctorat et des étudiants de toutes les années.

Digitized by Google

nouvel enseignement. Je suis heureux d'avoir cette occasion de rappeler les deux traits les plus remarquables peut-être du caractère lorrain, je veux dire l'esprit qui sait entreprendre, la persévérance qui sait aller au but et qui l'atteint.

C'est à Nancy que l'enseignement public et spécial de l'enregistrement aura été, pour la première fois, organisé d'une manière fixe. Nulle part, cette difficile matière n'a été jusqu'à ce jour, soit dans les facultés, soit au dehors, l'objet d'un enseignement particulier.

Il y avait là une lacune des plus regrettables, signalée depuis longtemps par tous les bons esprits.

Les auteurs du *Traité des droits d'enregistrement*, MM. Championnière et Rigaud disaient[3], il y a plus de trente ans : « L'employé n'a d'autre voie d'instruction que la pratique des bureaux, utile, sans doute, indispensable pour arriver à cette promptitude de décision qu'exige le nombre des actes à enregistrer, mais longue, insuffisante pour une foule d'esprits, routinière et ne présentant à l'intelligence que des applications. Les préceptes généraux, cette source féconde de tout jugement, ne s'y rencontrent jamais dégagés des considérations qui les modifient dans chaque espèce ; ils passent inaperçus et confondus avec leurs conséquences et avec les règles secondaires ; ils demeurent inconnus au plus grand nombre. »

Dix-huit ans plus tard, M. Gabriel Demante, en publiant son *Exposition raisonnée des principes de l'enregistrement*, pouvait dire avec non moins de raison[4] : « On ne conteste plus aujourd'hui l'intérêt scientifique de la matière de l'enregistrement ni son étroite dépendance des principes généraux du droit civil. Cependant l'absence d'un enseignement régulier sur cette matière laisse encore dans beaucoup d'esprits l'espèce de lacune que produit en toutes choses le manque d'éducation première. »

Sans doute, il a été fait quelquefois une part plus ou moins grande à l'enseignement du droit fiscal dans les cours de

[3] *Introduction*, p. xxxij, de leur *Dictionnaire des droits d'enregistrement*, tome V de leur *Traité*, Paris, 1841.

[4] *Préface* de la première édition, Toulouse, 1857.

Digitized by Google

droit administratif[5] et même, quoique plus rarement, dans les cours de droit civil[6].

Il y a plus : un cours complémentaire spécial d'enregisment a été fait, il y a vingt ans, à la faculté de Toulouse par celui de nos collègues que nous venons de citer, M. Gabriel Demante[7].

Dieu nous garde d'oublier des efforts généreux. Mais la part que les professeurs de droit administratif ou de droit civil doivent consacrer à l'enregistrement a toujours été et ne peut être nécessairement que très-insuffisante : elle ne répond pas, et il s'en faut de beaucoup, à l'importance et à la difficulté de la matière. Quant à l'œuvre de M. Demante, elle a été toute personnelle : interrompue par lui lorsqu'il eut à remplir d'autres devoirs, elle n'a pas été reprise ni imitée. Il est donc certain, et nous avons pu dire avec raison, que jusqu'à ce jour l'enseignement de l'enregistrement n'a pas été organisé.

La ville de Nancy vient de combler cette lacune. Le cours que nous ouvrons aujourd'hui n'a plus rien de personnel ni qui tienne à des circonstances passagères. Le crédit spécial qui a été voté à cet effet par la ville de Nancy en assure la permanence. La ville de Nancy, comme toujours et surtout lorsqu'il s'agit de la science et des lettres, a donné là un exemple qui l'honore et qui, sans doute, sera suivi.

Mais ce n'est pas sans peine qu'elle est parvenue à doter notre faculté de ce nouveau cours. Ici encore elle a montré cette persistance, cette volonté dans le bien dont elle a lieu d'être fière à si bon droit et dont elle a donné la preuve en tant d'occasions.

Vous savez ce qu'il a fallu d'efforts, et l'on peut dire d'opiniâtreté, pour obtenir le rétablissement de la Faculté de droit

[5] Par exemple, dans le cours de droit administratif professé à la Faculté de droit de Paris par notre savant maître, M. Vuatrin.

[6] Voir le *Programme du cours de droit civil français professé à la Faculté de Toulouse*, par M. Bressoles, cité par M. Demante, *Revue critique*, t. V (1854), p. 475, note 2.

[7] La première leçon de ce cours a été publiée dans la *Revue critique*, t. V (1854), p. 475-481. Le cours lui-même a donné naissance à l'ouvrage intitulé : *Exposition raisonnée des principes de l'enregistrement*, 2e édition, Paris, Durand, 1862.

Digitized by Google

de Nancy. La ville l'a sollicité dès le commencement de ce siècle sans se lasser. Elle ne l'a obtenu qu'en 1864. De toutes les villes de province elle a été la première qui ait montré par les sacrifices qu'elle s'imposait le prix qu'elle attachait à l'enseignement du droit.

Vous savez également quelles ont été les difficultés qu'il y a eu à vaincre pour obtenir deux ans plus tard l'établissement des cours complémentaires et de doctorat. Il me suffira de rapeler les paroles de notre éminent doyen. En ouvrant dans cette salle même le premier cours de doctorat[8], il remerciait le ministre de l'instruction publique[9] « d'avoir surmonté les résistances qui s'opposaient, au nom de l'uniformité provinciale, à cette nouvelle initiative nancéienne ».

La résistance toutefois, en ce qui concerne le cours de *Droit civil dans ses rapports avec l'enregistrement*, avait été insurmontable. Bien que le conseil académique et le conseil municipal eussent demandé avec la même unanimité l'ouverture de ce cours, il ne fut pas compris dans l'organisation de 1866[10].

C'était en effet une chose, dirai-je une faveur, plus difficile à obtenir que les autres.

Lorsque vous demandiez à l'administration supérieure de l'instruction publique l'autorisation d'ouvrir à vos frais les cours d'*Histoire du droit*, de *Droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières*, de *Droit des gens* et d'*Économie politique*, vous pouvez vous rappeler, Messieurs, que vous paraissiez déjà fort ambitieux. Vous vouliez faire ce qui ne se se faisait pas dans les autres Facultés des départements, et vous entendiez, par le fait de vos programmes et de vos examens de doctorat, marcher à l'égal de la Faculté de Paris. Mais là

[8] Discours prononcé par M. Jalabert à l'ouverture des cours de doctorat, le 18 février 1867.

[9] M. Duruy.

[10] La seule tentative faite à Nancy en 1866, bien qu'elle n'eût pas alors été couronnée de succès, méritait d'être signalée. Elle l'avait été, en effet, par notre collègue M. Ch. Lyon-Caen, aujourd'hui agrégé près la Faculté de droit de Paris, et que la Faculté de Nancy est heureuse d'avoir compté pendant plusieurs années au nombre de ses membres. V. *Revue critique de législation*, nouvelle série, t. II, p. 256, note 2, Paris, 1873.

Digitized by Google

du moins vous ne faisiez pas autre chose que ce qui se faisait à la Faculté de Paris, que vous preniez pour modèle. — Le cours d'*enregistrement*, au contraire, ne se faisait nulle part, pas même à Paris.

La ville de Nancy vient cependant d'être autorisée à l'établir. Saisissant à propos une occasion favorable[11], elle a insisté sur sa demande avec une force qui a paru irrésistible.

Mais que parlé-je de faveur, de demande? Ce sont des offres qu'il faut dire. Loin de demander quoi que ce soit pour le nouveau cours, c'est la ville elle-même qui a déclaré dès le premier moment qu'elle entendait en faire tous les frais, comme elle fait de tous les autres cours complémentaires.

Voilà, Messieurs, ce qu'a fait votre ville pour l'enseignement du droit. Les enfants de cette généreuse province peuvent en être fiers. Vous permettrez sans doute de partager votre juste orgueil à celui qui, venu d'une province voisine, a fait de votre belle cité sa patrie d'adoption, et qui a aujourd'hui l'honneur d'inaugurer le nouvel enseignement. C'est un honneur, Messieurs, dont je suis profondément touché, mais je ne puis songer sans crainte à l'étendue des devoirs qu'il m'impose.

Les personnes versées dans la connaissance du droit fiscal savent combien la tâche qui m'est confiée est difficile. Peut-être est-elle au-dessus de mes forces. Peut-être aussi, en devenant l'un des vôtres, ai-je acquis quelque chose de cette énergie et de cette persévérance dont on retrouve chez vous tant d'exemples, et qui sont, je ne crois pas dire trop lorsque je m'exprime ainsi, comme dans l'air que l'on respire au milieu de vous.

II

La nouveauté de l'enseignement dont je suis chargé me procure un avantage aussi précieux qu'il est rare dans notre organisation universitaire, celui de n'être enchaîné par aucun

[11] Lorsque l'État prit à sa charge la Faculté de droit de Nancy, qui, jusque-là, avait été à la charge de la ville; voir le décret du 25 septembre 1874.

Digitized by Google

règlement dans la distribution des matières, et de pouvoir tracer le plan du cours avec la plus entière liberté. J'ai essayé d'en profiter, et je vous dois compte, Messieurs, de l'usage que j'en ai fait. Mais, avant de soumettre à votre haute appréciation le plan qui m'a paru le plus convenable, permettez-moi de vous dire quels seront le caractère et l'esprit de cet enseignement.

Pour me fixer sur ce qu'il devait être, j'ai dû interroger avant tout la pensée de ses fondateurs. C'était mon guide le plus naturel, comme ma règle la plus sûre était dans les documents relatifs à la création du cours.

La lecture que j'ai faite de ces documents a rendu plus vif un sentiment qui, ai-je besoin de le dire, n'était pas nouveau chez moi, et que vous partagez tous depuis longtemps. J'y ai vu de près, j'y ai saisi, pour ainsi dire, sur le vif, l'ardente et efficace sollicitude de notre infatigable doyen pour le développement et les progrès de notre Faculté. C'est M. Jalabert qui, le premier, a proposé d'instituer à Nancy des cours spéciaux pour le doctorat. Le rapport qu'il présenta à ce sujet au conseil académique dans sa session de juin 1866 est le point de départ de toute l'organisation de nos cours complémentaires. C'est aussi dans ce rapport que se trouve la première pensée du cours d'enregistrement.

Cette pensée est celle d'un « cours de droit civil approfondi dans une direction déterminée ».

Il n'est pas douteux qu'un enseignement de doctorat doit comprendre des leçons approfondies sur le droit civil. Dans plusieurs Facultés déjà, à Paris, à Aix, à Grenoble, à Toulouse, il a été fait, à diverses époques et pendant un temps plus ou moins long, des cours de droit civil *approfondi*. Mais, tantôt par une cause, tantôt par une autre, ces cours n'ont pas pu être continués. L'une des causes principales est sans doute le vague dans lequel on était resté relativement à leur objet. Pour éviter ce défaut, M. Jalabert a songé à « indiquer une direction particulière » aux travaux du professeur qui serait chargé du cours de droit civil approfondi. L'étude des difficultés relatives à l'enregistrement lui a fourni les éléments qu'il cherchait.

Nous croyons qu'il a été bien inspiré dans son choix. Les motifs qu'il en a donnés au conseil académique sont si

Digitized by Google

concluants que nous ne pouvons mieux faire que de les reproduire ici. « Tous les jurisconsultes, disait-il, savent que la qualification des actes et des contrats, nécessaire pour la perception des droits d'enregistrement, est la *pierre de touche* de toutes les théories juridiques. C'est là que les questions les plus délicates et les plus difficiles sont soulevées... Ce cours, touchant à la fois à ce que la pratique a de plus usuel et à ce que la science a de plus élevé, est bien fait pour les aspirants au doctorat qui veulent se rendre compte de leurs opinions et les soumettre à une rigoureuse analyse. On se plaint d'ailleurs avec raison depuis longtemps que les règles si importantes de la législation fiscale ne soient enseignées nulle part, et que la routine soit substituée à la science. Notre conviction est que la Faculté donnera un excellent exemple et répondra à un besoin véritable en instituant dans son sein d'une manière permanente un cours de ce genre. »

Ces paroles indiquent nettement ce que doit être notre cours. Il sera surtout un cours de droit civil; mais le droit civil y sera étudié à un point de vue particulier, c'est-à-dire dans ses rapports avec l'enregistrement. Nous aurons, d'une part, à exposer les décisions de la jurisprudence et les théories des auteurs en matière purement civile : nous devrons faire la critique, et pour ainsi dire, l'épreuve de ces théories, en déduisant les conséquences qui en découlent pour l'application des droits d'enregistrement. D'un autre côté, nous aurons à résumer la doctrine et la jurisprudence reçues en matière fiscale, et nous devrons les apprécier à la lumière des principes du droit civil.

Telle est la tâche qui nous semble imposée par le vœu des fondateurs de ce cours et par le titre même qui lui a été officiellement donné, celui de *Cours de droit civil approfondi dans ses rapports avec l'enregistrement.*

III

Nous avons jeté un coup d'œil d'ensemble sur le champ que nous avons à parcourir. Il est vaste, comme vous le voyez, Messieurs. Nous pouvons entrer à présent dans quelques détails sur le plan que nous nous proposons de suivre.

Afin de traiter le sujet d'une manière aussi complète que

Digitized by Google

possible, nous expliquerons successivement tous les titres du Code, en essayant de faire pour chacun d'eux ce qui a été fait par MM. Rodière et Pont pour le titre du contrat de mariage[12].

Les titres du Code sont tous susceptibles d'une explication plus ou moins étendue dans leurs rapports avec l'enregistrement. Mais il nous a paru nécessaire de les étudier dans un ordre différent de celui où le législateur les a placés.

Je ne veux pas signaler tous les inconvénients qu'il y aurait à suivre l'ordre même du Code. Je me contenterai de deux exemples, qui suffiront pour en donner une idée.

Deux matières qu'il faudrait traiter dès le début, si l'on voulait suivre d'une manière rigoureuse l'ordre des articles du Code, seraient celle de la rétroactivité ou de la non-rétroactivité des lois et celle du conflit des lois françaises et étrangères. Le législateur a pu commencer par elles : il n'en est pas de même du professeur. La raison en est que ces deux matières supposent, au préalable, la connaissance de toutes les autres. Avant de savoir si une règle s'appliquera ou non avec rétroactivité, avant de s'occuper de ses effets en ce qui concerne les étrangers et les biens ou les actes situés ou passés hors de France, n'est-il pas clair qu'il faut d'abord connaître cette règle? La raison exige donc qu'au lieu de nous occuper d'abord des premiers articles du Code, ce soit au contraire par eux que nous finissions.

Il y a dans le Code un titre qui me paraît être celui par lequel il convient de commencer; c'est le titre : *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général* (liv. III, tit. III, art. 1101-1369). Presque toutes les règles générales y sont renfermées si bien que l'on n'a plus qu'à en faire l'application aux différentes matières ou à signaler les exceptions dont elles sont susceptibles. C'est dans ce titre, en effet, que l'on trouve les principes généraux soit sur les conditions d'existence et de validité des conventions, soit sur les effets des contrats, en ce qui concerne le lien de droit formé entre les contractants (créance ou obligation proprement dite), comme en ce qui concerne le transport de la propriété, c'est

[12] *Traité du contrat de mariage*, par MM. Rodière et Pont, 2e édition, Paris, Delamotte, 1865-69 (3 vol. in-8°).

Digitized by Google

encore à ce titre qu'appartiennent les théories si délicates des conditions et des nullités. Il renferme enfin les règles générales sur le payement, la subrogation, la novation, la délégation et les autres modes d'extinction des obligations, de même que les règles sur les preuves, les présomptions et l'autorité de la chose jugée. En voilà plus qu'il ne faut, ce me semble, pour justifier notre choix.

Le titre des contrats sera donc le premier que nous expliquerons. Mais il est impossible d'entrer dans l'étude des questions qui s'y rattachent sans avoir donné d'abord des notions générales sur l'enregistrement et sur la loi du 22 frimaire an VII, qui en est encore aujourd'hui le véritable Code. Ces notions feront l'objet d'une *introduction* assez étendue. Ce sera ce que nous pourrons appeler la *partie générale.*

Le cours sera donc divisé en deux parties : l'une générale, l'autre spéciale.

La partie générale comprendra :

1° Des notions préliminaires et historiques;

2° Une analyse sommaire de la loi de frimaire et des lois postérieures.

Nous signalerons le but à la fois fiscal et civil de l'enregistrement, l'importance des ressources que fournit à l'État cette branche du revenu public[13], le caractère commun des divers impôts recouvrés par l'administration de l'enregistrement[14], et le caractère particulier de l'impôt de l'enregistrement proprement dit[15]. Nous consacrerons quelques leçons à la législation antérieure à l'an VII, aux droits seigneuriaux de lods et ventes, de quint et de requint, de relief ou de rachat, et autres droits que l'on appelait *casuels*, ainsi qu'aux droits royaux de contrôle, d'insinuation et de cen-

[13] D'après l'état des recettes de l'année 1874, publié au *Journal officiel* du 24 janvier 1875 (p. 634), les droits d'enregistrement, greffe et hypothèque, ont produit 430,464,000 francs.

[14] Ces divers impôts (enregistrement, timbre, greffe, hypothèque, impôt sur le revenu des valeurs mobilières) ont ce caractère commun qu'ils exigent la connaissance de l'ensemble du droit.

[15] Cet impôt ne porte pas sur les choses matérielles elles-mêmes, mais bien sur les droits dont ces choses font l'objet. Il se perçoit à l'occasion des accidents qui surviennent dans l'existence de ces droits, lorsqu'ils prennent naissance ou fin, lorsqu'ils se modifient ou se transmettent.

Digitized by Google

tième denier, enfin à la loi des 5-19 décembre 1790, qui les remplaça tous par un impôt unique qualifié de droit d'enregistrement.

L'étude de la loi de frimaire nous arrêtera plus longtemps. L'analyse des principes de cette loi sera séparée de celle des tarifs. Nous traiterons d'abord de l'établissement du droit, c'est-à-dire, pour prendre les expressions consacrées, de son *exigibilité* et de sa *liquidation*, puis de sa *perception*.

Nous passerons ensuite aux lois postérieures à l'an VII. Le nombre en est si considérable[16] que nous ne pouvons les analyser ni même les citer toutes dans notre partie générale. Cette législation est malheureusement trop confuse[17]. On y distingue cependant quelques traits principaux, que l'on peut résumer ainsi :

1° Maintien des principes fondamentaux de la loi de frimaire; caractère remarquable qui domine toutes ces lois, faites sous des régimes politiques si différents;

2° Aggravation générale et toujours croissante de l'impôt[18];

[16] Les rédacteurs du *Journal de l'enregistrement* disaient, dans la seconde édition (1823) de leur *Dictionnaire* (v° Enregistrement, n° 23) : « Nous connaissons deux cents lois, arrêtés, décrets, avis et ordonnances publiés depuis 1790, qui contiennent des dispositions sur les droits d'enregistrement. On peut craindre de retomber dans le chaos qui existait avant 1790. Plusieurs des lois nouvelles et ordonnances, loin de simplifier la perception, ont fait naître une foule de difficultés. » Combien ces paroles sont encore plus vraies aujourd'hui que le nombre des lois rendues depuis 1823 est venu s'ajouter à toutes celles qui existaient alors !

[17] Un membre de l'Assemblée nationale, M. Parent (Savoie), pour faire disparaître ce qu'il appelle un « entassement barbare de lois et de décrets », a proposé une loi « ayant pour objet de charger le gouvernement de présenter, au cours d'une des sessions législatives de 1876, un projet de loi réunissant en une seule loi organique toutes les lois relatives à l'enregistrement et au timbre. » (Séance du 15 mars 1875, annexe n° 2943.) Voir au *Journal officiel* du 24 mars, p. 2233-4, l'exposé des motifs de cette proposition et le tableau des lois et décrets rendus sur la matière, de 1790 à 1873.

[18] L'aggravation a eu lieu de plusieurs manières. — 1° On a élevé les tarifs; c'est le moyen le plus simple, employé dès l'an VII (loi du 6 prairial) et plusieurs fois depuis, surtout en 1816, en 1832, en 1850, 1871 et 1872. — 2° On a modifié quelques-uns des principes de la loi de frimaire sur l'établissement ou sur la perception du droit. On a, par exemple, transformé en droits de mutation certains droits d'acte (loi du 27 ventôse an IX, art. 4;

Digitized by Google

3° Son adoucissement partiel, rare, mais non sans exemple cependant[19];

4° Introduction plus rare encore de principes nouveaux[20].

loi du 23 août 1871, art. 11; loi du 28 février 1872, art. 8), et l'on a supprimé quelques exemptions de faveur admises dans la loi de frimaire (lois de 1836 et 1850, relatives aux mutations par décès des rentes sur l'État, loi du 28 février 1872, art. 10, concernant les lettres de change, etc... — 3° On a procédé, le plus souvent, par voie de complément ou d'extension de la loi de frimaire. On a comblé des lacunes laissées par cette loi, par exemple, en ce qui concerne les valeurs mobilières françaises et étrangères (lois du 18 mai 1850, art. 7, du 13 mai 1863, art. 11, du 23 août 1871, art. 3 et 4; du 23 juin 1857, art. 6-11; du 16 septembre 1871, du 30 mars 1872), les ouvertures de crédit (loi du 23 août 1871, art. 5) et les assurances (même loi, art. 6-10, et loi du 21 juin 1875, art. 6). On a cherché à réprimer les fraudes : voir surtout la loi du 23 août 1871, art. 12 et 13, et la discussion à laquelle ils ont donné lieu. La répression de la fraude est sans doute le problème le plus important et le plus difficile de la matière. Il a été proposé, dans ce but, un grand nombre de projets. Voir, entre autres, le rapport de M. Segris, du 2 juin 1862, les projets de M. Pouyer-Quertier, du 12 juin 1871, et de M. Mathieu-Bodet, du 11 janvier 1875; le rapport de notre savant collègue M. Bertauld, du 14 mai 1875, et la discussion qui s'ouvrit sur le projet de la commission. L'Assemblée rejeta ce dernier projet à une très-forte majorité; après quoi le nouveau ministre des finances, M. Léon Say, retira le projet du gouvernement (*Journal officiel* du 19 janvier 1875, p. 479; du 21 mai, p. 3675; du 18 juin, p. 4392; du 19 juin, p. 4420).

[19] L'adoucissement de l'impôt a été opéré de différentes manières. — 1° Quelques tarifs ont été abaissés, surtout par la loi du 16 juin 1824; mais la plupart des droits abaissés alors ont été depuis ramenés à leur ancien taux et même augmentés. — 2° On a étendu à quelques actes la faveur de l'enregistrement gratis ou en débet, ou la dispense de l'enregistrement. V., par exemple, loi du 3 mai 1841, article 58, expropriation pour cause d'utilité publique; loi du 22 janvier 1851, article 14, assistance judiciaire. — 3° On a quelquefois modifié les principes sur l'établissement de la perception du droit. V., entre autres, loi du 22 février 1851, concernant les contrats d'apprentissage; loi du 11 juin 1859, art. 22-24, relatifs à certains actes de commerce.

[20] Depuis l'an VII (1798) jusqu'à ce jour (1875), il n'a été introduit dans notre matière que deux principes nouveaux. En 1849, la loi du 20 février a établi « une taxe annuelle, représentative des droits de transmission entre-vifs et par décès » sur les biens immeubles passibles de la contribution foncière, appartenant aux personnes morales ou gens de mainmorte, « départements, communes, hospices, séminaires, fabriques, congrégations religieuses, consistoires, établissements de charité, bureaux de bienfaisance, sociétés anonymes et tous établissements publics légalement autorisés. » — L'autre principe nouveau a été introduit tout récemment : c'est celui

Digitized by Google

Vous voyez, Messieurs, comment cette partie du cours ne peut être qu'une introduction à la partie spéciale, qui sera naturellement la plus longue. Celle-ci comprendra l'explication des divers titres du Code dans leurs rapports avec l'enregistrement. La première ne sera qu'un résumé, une exposition succinte de ce qui semblera nécessaire pour aborder la seconde avec fruit. C'est à cette dernière que nous réservons les développements et la discussion des questions controversées.

Mais, si différentes qu'elles puissent être par leur étendue et par la méthode que nous voulons suivre, il existera entre elles plusieurs liens nécessaires. C'est le même but que nous nous proposerons dans l'une comme dans l'autre; et ce but, c'est par les mêmes moyens que nous essayerons de l'atteindre. Ai-je besoin de vous dire ce qu'il est, Messieurs, c'est de réaliser, autant que possible, l'alliance, si désirable mais si difficile à obtenir, de la théorie et de la pratique. Nous essayerons d'y arriver par l'étude attentive de la jurisprudence et en nous attachant d'une manière invariable au principe de l'obéissance absolue à la loi.

Nous disons obéissance absolue à la loi, nous ne disons pas obéissance aveugle. Il est permis de constater les imperfections de la loi. J'irai plus loin; pour nous, c'est un devoir. Mais, si imparfaite que soit la loi, il faut lui obéir tant qu'elle existe, et les fois fiscales ne méritent pas moins cette obéissance que les autres lois. Peut-être n'est-il pas inutile d'insister sur ce point, parce que la volonté de suppléer à la loi et de l'amender est plus à craindre chez le juge en matière d'impôt que dans toute autre[21], et aussi parce qu'il existe un préjugé funeste répandu depuis longtemps, ce préjugé funeste qui fait que tant de gens incapables de faire le moindre tort à un particulier croient que ce n'est offenser ni la probité ni la morale que de frustrer le trésor public.

Quant à la jurisprudence, dont l'étude, avons-nous dit,

des droits gradués : loi du 28 février 1872, article 1er. — Ces principes sont, à la vérité, entièrement nouveaux par rapport à la loi de frimaire; mais dans la législation antérieure à l'an VII il existait quelque chose de semblable soit au premier, soit au second.

[21] Championnière et Rigaud, t. V, *Introduction*, p. XLV.

Digitized by Google

nous occupera sans cesse, nous ne trouverons que celles des tribunaux civils et de la Cour de cassation. Celle des Cours d'appel fait défaut, la loi de frimaire n'ayant pas admis cette voie de recours en matière d'enregistrement; ce que, pour notre part, nous considérons comme très-regrettable. Il y a là, sans doute, une des causes qui rendent la jurisprudence plus incertaine en notre matière que dans les autres. Nous serons souvent en face de décisions judiciaires opposées. Nous devrons donc choisir entre elles. Nous le ferons avec une indépendance respectueuse et en prenant pour règle cette maxime que « l'autorité d'une opinion ou d'un arrêt ne gît que dans la puissance des motifs qui l'appuient. »

IV

Je voudrais, pour compléter ce programme de nos futurs travaux, vous présenter un aperçu des principes fondamentaux de l'enregistrement; je ne dis pas tous, mais ceux qui peuvent le mieux trouver place dans cette première leçon.

On peut les ranger sous deux espèces. Les uns sont écrits clairement et expressément dans le texte de la loi. Les autres ne sont pas écrits dans la loi d'une manière positive. On les admet cependant comme conformes à son esprit ou à son texte sainement interprété. Il inporte de remarquer qu'en matière d'enregistrement comme en toute autre, il y a un certain nombre de principes qui sont reconnus et appliqués unanimement et sur l'existence desquels on ne discute plus, bien qu'ils ne soient écrits en termes exprès dans aucun texte.

Parmi les premiers signalons d'abord la différence qui existe entre les droits fixes et les droits proportionnels. Elle est indiquée très-positivement dans un grand nombre de textes, ainsi et surtout dans les articles 2-4, 68 et 69 de la loi de frimaire.

Les droits fixes sont ceux dont la quotité est établie sans égard à la valeur pécuniaire des choses comprises dans l'acte enregistré. Tel est par exemple, celui qui frappe, non pas la transmission, mais l'acte d'acceptation d'une succession; l'impôt sur l'acte d'acceptation ne varie pas selon l'importance de la succession. — Cela ne veut pas dire qu'il n'y

Digitized by Google

ait qu'une seule quotité de droit fixe. Il y en a plusieurs, au contraire : il en existait sept différentes, d'après la loi de frimaire[22]; huit autres ont été ajoutées depuis[23]. Droit fixe n'est donc nullement synonyme de droit uniforme. Les diverses quotités de droit fixe sont établies selon la nature des actes à enregistrer.

Les droits proportionnels sont ceux qui varient selon la valeur pécuniaire des choses qui donnent lieu à l'enregistrement, et qui sont établis dans le rapport d'une somme à cent. Tel est par exemple, celui qui frappe la transmission des biens du défunt à ses héritiers, impôt dit de mutation par décès[24].

Le rapport d'une somme à cent est ce qu'on appelle la quotité ou le taux du droit proportionnel. Il existe un grand nombre de quotités diverses de droits proportionnels : on en compte jusqu'à vingt et une, dont huit ont été établies par la loi de frimaire[25], et treize par les lois postérieures[26].

Le montant du droit fixe à percevoir dans chaque cas particulier se détermine plus aisément que celui du droit proportionnel; il suffit de connaître la quotité du droit fixe pour en savoir le montant. Pour le droit proportionnel, il ne suffit pas de savoir qu'il y a lieu de prendre un ou deux pour cent, ou toute autre proportion : il faut en outre déterminer le capital dont on prendra cette proportion; c'est ce qu'on appelle *liquider* le droit proportionnel.

Y a-t-il un caractère général auquel on puisse reconnaître s'il y a lieu au droit proportionnel ou au droit fixe?

On a dit : le droit fixe est la règle, et le droit proportionnel, l'exception.

En effet, toutes les fois qu'il n'y a pas lieu au droit proportionnel, le droit fixe est le seul qui soit exigible.

Il s'agit donc de déterminer dans quels cas il y a lieu au droit proportionnel.

[22] Celles de 1, 2, 3, 5, 10, 15 et 25 francs.

[23] Celles de 50 centimes, 1 fr. 50, 4, 20, 40, 50, 100 et 120 francs.

[24] Cet impôt varie en outre de 1 franc à 9 francs pour 100 selon la qualité des successibles.

[25] Celles de 25 et 50 centimes, 1 franc, 1 fr. 50, 2 francs, 2 fr. 50, 4 et 5 francs pour 100.

[26] Celles de 10 et 20 centimes, 1 fr. 50, 2 fr. 75, 3 francs, 3 fr. 50, 4 fr. 50, 5 fr. 50, 6 francs, 6 fr. 50, 7, 8 et 9 francs pour 100.

Digitized by Google

On a essayé de le faire très-simplement en disant : le droit est proportionnel quand il y a déplacement de valeur, il est fixe s'il n'y a pas déplacement de valeur.

Il y a quelque chose de vrai dans cette proposition, mais elle est incomplète. Ce qui est vrai, c'est que s'il y a déplacement de valeur, le droit est proportionnel; mais il peut, en outre, y avoir lieu au droit proportionnel sans qu'il y ait déplacement de valeur. En effet, certains jugements donnent lieu au droit proportionnel, bien que le juge n'attribue rien, bien qu'il ne déplace aucune valeur. Le juge ne crée pas le droit des parties; il se borne à le reconnaître, à le déclarer. Toutefois, l'idée de la rémunération qui est due au service judiciaire explique le droit proportionnel établi sur les condamnations, collocations et liquidations faites en justice. Mais c'est une idée tout à fait distincte de celle de déplacement de valeur.

On a coutume de ramener tous les cas d'application du droit proportionnel à trois chefs d'exigibilité, savoir :

1) Transmission;
2) Obligation ou libération;
3) Condamnation.

La question délicate est de savoir si le droit proportionnel est exigible par cela seul qu'il y a transmission, obligation, libération ou condamnation, ou s'il faut, en outre, qu'il existe dans le tarif des droits proportionnels une disposition expresse concernant l'acte ou la mutation que l'on veut y soumettre. Nous ne pouvons ici que poser cette question; nous la traiterons dans notre partie générale avec tout le soin qu'elle mérite. [27].

[27] La question étant controversée, il semble que, suivant notre plan, nous devrions la traiter dans la partie spéciale du cours plutôt que dans la partie générale. C'est dans celle-ci, toutefois, que nous nous en occuperons, parce qu'elle n'est pas particulière à tel ou tel titre du Code : elle domine le sujet tout entier.

On l'a posée de bien des manières différentes. On s'est demandé : — Quel est précisément le rapport qui existe entre l'article 4 et l'article 69 de la loi de frimaire; — si l'article 4 est susceptible d'application dans la pratique ou si l'article 69 en est seul susceptible; — s'il y a lieu de s'attacher à la nature d'un acte, par exemple de rechercher s'il constitue ou non une transmission ou une obligation, ou s'il faut s'attacher exclusivement à la lettre du tarif; — si les principes contenus en l'article 4 ne sont qu'une

Digitized by Google

Aux deux sortes de droits, fixes et proportionnels, il faut, depuis la loi du 28 février 1872, en ajouter une troisième,

lettre morte, à moins d'être en quelque sorte vivifiés par l'article 69, ou si le taux du droit proportionnel peut être déterminé par analogie. (Ces diverses manières de poser la question ont été prises comme équivalentes, mais c'est à tort.)

La jurisprudence est incertaine; les auteurs sont divisés. La théorie que MM. Championnière et Rigaud ont exposée à ce sujet (V. surtout t. Ier, n° 40; t. IV, n° 3739) a été vivement combattue par les rédacteurs du *Journal de l'Enregistrement* dans leur *Dictionnaire* (3e édition, inachevée, de 1855, v° ACTE INNOMÉ, nos 2 à 10; et nouvelle 3e édition reprise en 1874, v° ACTE EN GÉNÉRAL, n° 9. Les rédacteurs citent, comme partisans de leur opinion, Dalloz, n° 798, et Demante, n° 16 ; mais dans ces deux ouvrages, c'est bien plutôt le système de Championnière et Rigaud qui paraît suivi ; V. Dalloz, n° 113, et Demante, nos 27 et 105.

Nous ne pouvons pas admettre, avec Championnière, Rigaud et Dalloz (n° 113), que le législateur a posé dans l'article 4 de la loi de frimaire « un principe dont il n'est pas permis de tirer la conséquence ! »

Mais nous ne croyons pas exact de dire, comme le font les rédacteurs, que le taux du droit proportionnel puisse être déterminé par *analogie*.

En effet, l'analogie est « une sorte de ressemblance qui existe à certains égards entre choses différentes » (*Dictionnaire de l'Académie française*). Raisonner par analogie, en droit, c'est se fonder sur les *ressemblances* d'une chose avec une autre pour appliquer la loi à une chose qu'elle n'a pas prévue, à cause de la ressemblance qui existe entre cette chose et celle qui a été prévue. C'est un genre de raisonnement que ne comporte pas l'application des lois d'enregistrement. Il est élémentaire que les lois de droit commun sont les seules qui soient susceptibles d'être étendues par analogie, et que les lois de droit exceptionnel n'en sont pas susceptibles. Or les lois d'enregistrement étant des lois fiscales sont, par cela même, de droit exceptionnel ; toute chose est de sa nature exempte d'impôt, à moins d'y être soumise par une loi.

Que faut-il donc, selon nous, pour que le droit proportionnel soit exigible?

1° Il n'est pas nécessaire qu'il existe, dans le *tarif* des droits proportionnels, une disposition *expresse* concernant l'acte ou la chose que l'on veut y soumettre. En cela, nous sommes de l'avis des rédacteurs.

2° Il suffit qu'il se trouve dans le tarif une disposition *implicite;* cela suffit, mais c'est indispensable.

3° Faute d'une disposition au moins implicite dans le tarif, le droit proportionnel n'est pas exigible : le taux de ce droit ne peut pas être déterminé par analogie. — Sous ce rapport, nous partageons l'avis de Championnière et Rigaud.

Nous prenons les mots *expresse* et *implicite* dans le sens que leur donne le *Dictionnaire de l'Académie française.— Exprès :* « Qui est énoncé d'une manière si formelle qu'il ne reste aucun lieu de douter. » — *Implicite :*

Digitized by Google

celle des droits gradués. On les a imaginés pour procurer au trésor l'augmentation de ressources rendue nécessaire par l'énorme augmentation des charges publiques. Il est très-difficile de déterminer leur nature.

Ils ont quelque chose de proportionnel, car leur montant varie en proportion de la valeur pécuniaire des choses comprises dans les actes qui y sont soumis. Aussi donnent-ils lieu à une véritable *liquidation*, comme les droits proportionnels.

Toutefois ils diffèrent essentiellement des droits proportionnels. Ils sont établis dans des cas où il n'y a ni déplacement de valeur ni service judiciaire, et le législateur lui-même semble avoir voulu leur conserver la qualification de droits fixes [28]. Sans doute ils ont tous été pris parmi les droits fixes, mais on ne peut plus dire qu'ils le soient. L'expression *droit gradué*, peut être acceptée comme donnant assez bien une idée de ce qu'ils sont. Mais on ne saurait admettre celle de droit *fixe gradué* [29], car ces deux termes sont en contradiction l'un avec l'autre.

Citons encore quelques-uns des principes fondamentaux expressément écrits dans la loi :

1) Le droit proportionnel est assis sur les valeurs (art. 4 de la loi de frimaire, *in fine*). Ce principe n'est autre que celui de l'égalité des citoyens devant la loi fiscale. On en

« Qui est contenu dans une proposition, non pas en termes clairs, exprès et formels, mais qui s'en tire naturellement par induction, par conséquence. »

Cela revient à dire que, selon nous, il faut que la chose que l'on veut soumettre au droit proportionnel soit *contenue* dans les termes d'une loi sur le tarif; si elle n'y est pas contenue assez formellement pour qu'il ne reste aucun lieu de douter, il est permis de rechercher la volonté du législateur, et cette volonté peut être établie comme une *conséquence naturelle* des termes dont il s'est servi; — mais une simple *ressemblance* ne suffit pas.

Le lecteur comprendra qu'il nous est impossible, dans cette note déjà trop longue, de suivre l'application de nos principes dans les différents cas où la question se présente. Mais peut-être aurons-nous réussi à donner une idée de l'opinion intermédiaire à laquelle nous croyons qu'il convient de s'attacher.

[28] Voir les articles 1-3 de la loi du 28 février 1872.

[29] Cette expression a cependant été employée assez souvent, surtout dans les premiers jours qui ont suivi la promulgation de la loi du 28 février 1872. Elle n'a pas tardé à tomber dans un juste discrédit.

Digitized by Google

comprend surtout l'importance par comparaison avec la législation antérieure : l'impôt du contrôle et celui de l'insinuation variaient, dans certains cas, selon la position sociale des parties [30].

2) Le même acte donne lieu à la perception d'autant de droits distincts qu'il renferme de clauses ou de dispositions indépendantes les unes des autres (art. 11 de la loi de frimaire). C'est en même temps un principe de raison et d'équité. Mais, autant il est incontestable, autant son application est délicate. Pour discerner les *clauses indépendantes* de celles qui ne le sont pas, il faut se livrer à cette analyse des contrats, fine et subtile, dont les jurisconsultes romains nous ont laissé les modèles.

3) Les droits régulièrement perçus ne sont pas restitués, quels que soient les événements ultérieurs. On ne saurait dire que ce principe, en raison et en équité, soit aussi fondé que le précédent, mais il est écrit formellement dans l'article 60 de la loi de frimaire. Il constitue une dérogation remarquable au droit commun ; il fait exception à ce qu'on appelle l'effet rétroactif des conditions suspensives ou résolutoires, des nullités et des rescisions. Aussi faut-il se garder de l'exagérer ; il ne doit pas être étendu à autre chose qu'à la *restitution* de droits perçus. Il donne lieu, dans l'application, à de graves difficultés ; on a proposé, pour les résoudre, des distinctions nombreuses, dont plusieurs sont controversées.

V

J'arrive aux principes fondamentaux de notre matière, dont la loi n'a pas fait une mention expresse, mais qui, aux yeux du plus grand nombre, on peut dire de la presque unanimité de ceux qui appliquent ou qui interprètent la loi, ont la force de principes reconnus.

[30] Voir, par exemple, dans l'article 35 du tarif des droits de contrôle du 29 septembre 1722, les six classes différentes établies relativement aux « contrats de mariage dans lesquels les biens des conjoints ne seront désignés ni estimés : 1° gentilshommes qualifiés... 50 livres ; 2° simples gentils hommes... 30 livres ; 3° ... notaires,... médecins... des villes où il y a... juridiction royale, 20 livres ; 4° ... notaires, médecins... des autres villes, 10 livres ; 5° ... personnes du commun des villes, 3 livres ; 6° ... personnes du commun de la campagne, 1 livre 10 sols.

Digitized by Google

Nous remarquons d'abord la distinction établie entre les droits d'acte et les droits de mutation.

Cette distinction a une importance capitale.

Si nous croyons devoir la ranger dans l'espèce qui nous occupe, ce n'est pas qu'elle soit moins certaine que celle des droits fixes et des droits proportionnels; mais elle a donné lieu à des controverses et surtout à des malentendus qui sont, en partie, la faute du législateur, en partie celle des auteurs. Le législateur, qui en a fait une des règles essentielles de la matière, on peut dire même la première et la plus essentielle de toutes, a eu le tort de ne pas l'exprimer assez clairement [31].

L'idée de cette distinction est fort simple, mais les termes dont on se sert pour l'exprimer laissent à désirer.

L'idée en est fort simple, disons-nous. Elle n'est autre que

[31] L'article 2 de la loi de frimaire est rédigé de manière à induire en erreur, et à faire confondre la distinction des droits fixes et proportionnels avec celle des droits d'acte et de mutation : confusion dans laquelle tombent, en effet, beaucoup de personnes.

L'article 4 mérite un reproche plus grave. C'est celui où le législateur entend dire à quoi s'applique le droit proportionnel, comme il venait, dans l'article 3, de dire à quoi s'applique le droit fixe.

Puisque, parmi les droits proportionnels, il y en a qui sont d'acte et d'autres qui sont de mutation, le législateur devait le dire clairement dans l'article 4.

Non-seulement il ne le dit pas, mais il évite d'employer dans cet article le mot *acte* dont il se servait si bien dans l'article précédent. « Le droit proportionnel, nous dit-il, est établi pour les obligations, libérations... et transmissions. » Il semblerait ainsi que le droit proportionnel est exigible par cela seul qu'il y a obligation, libération ou transmission, sans que l'on ait à s'inquiéter d'autre chose, et par conséquent, qu'il est exigible aussi bien lorsqu'il n'a pas été dressé d'*acte* instrumentaire que lorsqu'il en a été dressé un. En un mot, l'article 4 est rédigé comme si le droit proportionnel était toujours de mutation et jamais d'acte. Or il n'en est pas du tout ainsi. Cela n'est pas, même aujourd'hui, bien que plusieurs droits proportionnels, qui auparavant étaient d'acte, soient devenus de mutation. Cela était encore bien moins dans le système de la loi de frimaire, où il n'y avait droit de mutation proprement dit (c'est-à-dire exigible sans acte instrumentaire) que dans le cas de transmission par décès. *Tous les autres droits proportionnels étaient d'acte*, ainsi que cela ressort de l'ensemble de la loi de l'an VII, et particulièrement des articles 6, 28 et 73.

L'article 6 est celui où « l'*acte donnant lieu au droit proportionnel* » se trouve le mieux opposé à la « *mutation par décès* ». Mais la distinction des droits d'acte et de mutation n'y est pas assez bien mise en relief.

Digitized by Google

celle-ci : parmi les droits d'enregistrement, les uns ne sont exigibles qu'autant que l'on présente un acte écrit, dressé pour servir de preuve, *instrumentum probationis;* les autres sont exigibles par cela seul qu'un certain fait juridique s'est accompli, lors même qu'il ne serait pas dressé d'acte écrit pour le constater. On appelle les premiers *droits d'acte*, et les seconds, *droits de mutation* [32].

Le mot *acte*, dans cette locution, signifie non pas le contrat, l'acte juridique, mais seulement et exclusivement l'acte instrumentaire. L'accomplissement d'un *acte juridique* est essentiellement distinct de la rédaction ou passation de l'*acte instrumentaire* qui le constate. Or, dans l'expression *droit d'acte*, rien n'indique que le droit dont on parle porte seulement sur l'acte instrumentaire et non sur l'acte juridique : c'est là un inconvénient, une source de confusion et d'erreurs.

Quant au mot *mutation*, il prête aussi à l'erreur, et il y prête en deux manières. On serait tenté de le prendre pour synonyme d'*aliénation*, c'est-à-dire de *changement* de propriétaire et de croire, en conséquence, qu'il atteint toutes les aliénations, mais qu'il ne se conçoit pas là où il n'y a pas d'aliénation. Il n'en est nullement ainsi. D'un côté, il y a un très-grand nombre d'aliénations qui ne sont soumises qu'à un droit d'acte et non à un droit de mutation; telles sont, en principe, toutes les ventes de choses mobilières. D'un autre côté, rien n'empêche qu'un droit de mutation, c'est-à-dire un droit exigible même au défaut d'un acte écrit, frappe autre chose qu'une aliénation, par exemple, une simple obligation, un pur droit de créance.

[32] Il faut définir les droits d'acte et ceux de mutation d'après le caractère qui les distingue, et non d'après les choses auxquelles ils s'appliquent : mais trop souvent, dans les définitions qu'on en a données, on a négligé le premier, c'est-à-dire l'essentiel, pour s'attacher uniquement aux secondes. Tel est, par exemple, le défaut (pour ne parler que de celui-là) des définitions de Championnière et Rigaud, t. Ier, n° 46 :... « *Droit de mutation*, celui qui se perçoit sur les transmissions entre vifs de biens immeubles en propriété, usufruit ou jouissance (?), et celles qui s'opèrent par décès, de toute espèce de biens (art. 4, loi de frimaire)?... — *Droit d'acte*, tout droit fixe ou proportionnel établi sur autre chose que la transmission entre vifs de biens immeubles, ou une mutation par décès de toute espèce de biens. »

Digitized by Google

Si défectueuses que soient les expressions reçues, nous n'essayerons pas de les remplacer par d'autres [33], tant l'usage qui les consacre, l'usage, cet arbitre souverain du langage, est ancien et universel,

Si volet usus
Quem penes arbitrium est et jus et norma loquendi [34].

L'essentiel est de ne pas perdre de vue que *droit d'acte* signifie : droit qui n'est exigible que sur un acte écrit, et *droit de mutation*, droit exigible même en l'absence d'acte écrit.

Ainsi entendue, et elle ne doit ni ne peut être entendue autrement, la distinction des droits d'acte et des droits de mutation est incontestable et incontestée. Personne ne conteste ni ne peut contester que dans notre législation il y ait certains droits d'enregistrement qui ne sont exigibles que s'il existe un acte écrit (droits d'acte), et qu'il y en ait d'autres, au contraire, qui sont exigibles même en l'absence d'acte écrit (droit de mutation).

Mais, s'il ne peut pas y avoir de véritable controverse sur l'existence même de cette distinction, il peut y en avoir, et il y en a effectivement sur les conséquences que l'on en déduit. Un des malentendus, dont je parlais tout à l'heure, consiste en ce que l'on a confondu le débat sur les conséquences avec le débat sur le principe [35].

[33] Il serait facile de remplacer *droit d'acte* par *droit d'instrument*, expression qui serait exacte et précise. Les termes *droit de mutation* seraient beaucoup plus difficiles à remplacer.

[34] Horace, *ad Pisones*, 71-72.

[35] Comme conséquence de la distinction des droits d'acte et de mutation, Championnière et Rigaud (nos 135 et 658), suivis par Dalloz, *Répertoire alphabétique*, v° ENREGISTREMENT, n° 79, et Garnier, *Répertoire général*, édition de 1874, v° ACTE, n° 340, 1, ont posé les deux règles suivantes : 1° à l'égard des droits d'acte, il faut prendre l'écrit tel qu'il est, sans qu'il soit possible à l'administration de faire preuve contre et outre son contenu; 2° à l'égard des droits de mutation, il n'en est plus ainsi : d'un côté, la preuve qui résulte de l'écrit, s'il y en a un, peut être détruite par la preuve contraire, et d'un autre côté, il n'y a point de droit à percevoir si, malgré la déclaration de l'acte, il n'y a point eu de mutation en réalité.

Les rédacteurs du *Journal de l'Enregistrement* s'élèvent vivement contre ces deux règles : V. la 3e édition, 1874, de leur *Dictionnaire*, v° ACTE EN GÉNÉRAL, nos 16 à 23. Mais ce qu'ils combattent, ce sont seulement ces prétendues *conséquences*. Ils soutiennent que de pareilles conséquences ont été mal à propos déduites de la distinction des droits d'acte et de mutation.

Digitized by Google

Par l'effet d'un autre malentendu, on a dit que les lois postérieures à celles de frimaire an VII avaient supprimé la distinction des droits d'acte et de mutation, ou du moins lui avaient enlevé quelque chose de son exactitude [36].

Il n'en est rien : la distinction subsiste, et elle est tout aussi exacte aujourd'hui qu'au lendemain de la loi de frimaire.

Ce qui est vrai, c'est que depuis l'an VII il est arrivé plusieurs fois qu'un certain droit qui était d'acte est devenu droit de mutation. Cela signifie tout simplement, en langage ordinaire, qu'un droit est devenu exigible, même en l'absence d'un acte écrit, tandis qu'auparavant il ne l'était pas. Il en a été ainsi, par exemple, dès l'an IX, pour le droit établi sur les transmissions entre-vifs de propriétés ou d'usufruit des biens immeubles; en 1871, pour celui qui frappe les locations d'immeubles; en 1872, pour celui qui frappe les ventes de fonds de commerce.

Il n'en résulte nullement que la distinction des droits d'acte et des droits de mutation ait été supprimée, ni qu'elle ait perdu quoi que ce soit de son exactitude. De ce que le législateur a diminué le nombre des premiers et augmenté celui des seconds, on conclut qu'il a supprimé la distinction entre les uns et les autres! Le malentendu n'est-il pas évident, la confusion manifeste [37]?

Quant à la distinction elle-même, ils ne la contestent pas, en réalité. Ils *paraissent* cependant la contester; V. les nos 11 à 15 de l'article précité. Il y a là un défaut que nous nous permettons de signaler dans leur ouvrage, d'ailleurs si excellent, pour lequel nous professons une grande estime et que nous souhaitons vivement de voir terminé.

[36] Voir le *Dictionnaire* des rédacteurs, aux endroits cités dans la note précédente, et surtout leur 3e édition (inachevée) de 1855, vo ACTE, nos 37 à 41. — Il est à remarquer que l'édition de 1874 reproduit, au fond, les mêmes idées que celles de 1855, mais en termes plus adoucis, et peut-être moins nets, comme si les auteurs eux-mêmes en sentaient le défaut.

[37] Une confusion du même genre a été faite par ceux qui ont invoqué les articles 27 et 69 de la loi de frimaire pour prouver que le législateur de l'an VII avait rejeté la distinction des droits d'acte et de mutation, admise dans notre ancien droit. Ce qui résulte de ces articles c'est que, dans le cas de décès, le droit est désormais de mutation aussi bien quant aux meubles que pour les immeubles. Dans l'ancien droit, au contraire, les immeubles seuls donnaient lieu au droit de mutation par décès. Mais encore une fois, ajouter quelque chose à la liste des droits de mutation, ce n'est pas supprimer la différence entre eux et les droits d'acte!

Digitized by Google

Une autre erreur, qu'il importe de signaler parce qu'elle est fort répandue, surtout parmi les praticiens, c'est celle que l'on commet lorsque l'on confond la distinction des droits d'acte et de mutation avec celle des droits fixes et proportionnels. Pour beaucoup de personnes, droit d'acte signifie droit fixe, et droit proportionnel veut dire droit de mutation.

Ce qui occasionne l'erreur et en même temps explique qu'elle soit si fréquente, c'est que :

1° Tous les droits fixes sont des droits d'acte ;

2° Tous les droits de mutation sont proportionnels [38].

Mais tous les droits proportionnels ne sont pas de mutation. Un grand nombre de droits proportionnels sont des droits d'acte, c'est-à-dire ne sont exigibles qu'autant qu'il existe un acte écrit, acte instrumentaire. Tels sont les droits d'obligation et ceux de libération ; tels sont encore, en règle générale du moins et sauf de rares exceptions, les droits qui frappent les transmissions entre vifs de propriété, d'usufruit ou de jouissance des biens meubles.

Peut-être me suis-je arrêté trop longtemps sur la distinction des droits d'acte et de mutation. Mon excuse sera dans son importance et dans les difficultés auxquelles elle a donné lieu.

Parmi les principes qui sont admis comme fondamentaux, bien qu'ils ne soient pas expressément écrits dans la loi, j'indiquerai encore les suivants :

1) Les lois sur l'enregistrement, comme toutes les lois d'impôt en général, sont *strictissimæ interpretationis*. Elles ne sont pas susceptibles d'être étendues par analogie. Dans le doute, on doit se décider en faveur des contribuables, *in dubio contra fiscum*. Toutefois, en matière d'enregistrement comme dans toutes les autres, la lettre ne doit pas l'emporter sur l'esprit de la loi. L'application des lois fiscales ne comporte pas moins que celle des autres lois l'art du raisonnement employé à la recherche de la volonté du législateur [39].

2) Le droit ne peut être perçu que sur une convention

[38] On peut encore ajouter, pour l'excuse de ceux qui tombent dans cette confusion, la manière défectueuse dont sont rédigés les articles 2 et 4 de la loi de frimaire. Voir *supra*, note 31.

[39] Voir ci-dessus, note 27.

Digitized by Google

parfaite, c'est-à-dire sur une convention qui réunit les conditions requises pour son existence. La raison le veut ainsi. Le principe lui-même n'est pas douteux, mais son application soulève toutes les difficultés relatives aux diverses espèces de nullités.

3) Le droit n'est dû que sur une convention dont l'effet est actuel. En d'autres termes, il n'est pas dû sur une convention qui n'existe pas encore ou qui n'existe plus. C'est encore là un principe évident, de raison ; son application est étroitement liée à la théorie des conditions.

4) Je finirai par le principe le plus général, le plus fécond en conséquences, le plus nécessaire, c'est celui en vertu duquel le droit civil ou, plus exactement, le droit commun domine le droit fiscal.

Ce grand principe a été méconnu pendant quelque temps. Un des plus illustres jurisconsultes de ce siècle, le procureur général Merlin, s'était fait le défenseur du principe opposé [40]. Il le fit triompher à plusieurs reprises devant la Cour de cassation, grâce à l'autorité, si légitime d'ailleurs, dont il jouissait au sein de la Cour suprême. Les plus grands jurisconsultes peuvent parfois tomber dans l'erreur. Celle de Merlin est à présent reconnue, et l'on peut dire que la jurisprudence et la doctrine actuelles sont revenues [41] à ce principe fondamental : le droit commun domine le droit fiscal [42].

Cela ne veut pas dire que la loi fiscale ne déroge jamais au droit commun. Elle y apporte, au contraire, plusieurs dérogations fort importantes. Mais ce sont des exceptions qui confirment la règle, loin de la contredire : *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.*

Pour nous, le grand principe que le droit commun domine le droit fiscal sera la base de tout notre enseignement. Il nous servira de boussole, si nous pouvons nous exprimer de la sorte, sur une mer qui n'est pas sans écueils.

E. DUBOIS.

[40] Merlin, *Répertoire,* v° ENREGISTREMENT, § XIV, et les citations faites par Championnière et Rigaud, *Introduction,* t. Ier, n° 11, et t. V, p. lvj.

[41] Nous disons *revenues,* parce que ce principe était déjà celui de notre ancien droit.

[42] C'est l'honneur de MM. Championnière et Rigaud d'avoir combattu et renversé le faux principe soutenu par Merlin.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

LOIS ADMINISTRATIVES FRANÇAISES

Par MM. Vuatrin et Batbie.

Compte rendu par M. E. Laferrière, maître des requêtes au Conseil d'État.

MM. Vuatrin et Batbie viennent de terminer l'utile recueil dont nous avons annoncé les premières livraisons. L'œuvre s'est poursuivie et achevée avec cette sûreté de méthode et ce judicieux discernement des textes auxquels on a rendu hommage dès le début. Les administrateurs posséderont désormais, grâce à cette heureuse issue d'un travail plein de difficultés et de minutieuses recherches, un recueil aussi pratique que l'est le *Code Tripier* pour les professions judiciaires. Malgré la vaste étendue du programme, l'assemblage des fascicules des *Lois administratives* forme un volume aussi maniable et moins compacte que les Codes usuels. Ce volume peut même se subdiviser en plusieurs Codes spécialement destinés aux divers services publics : ici, l'administration départementale et communale; là, les finances avec toute la législation des impôts directs et indirects, de l'enregistrement, des postes; plus loin, les travaux publics. Mais le volume tout entier est nécessaire aux fonctionnaires ou aux membres des juridictions administratives, dont la compétence s'étend sur les services les plus divers, et sa place est marquée d'avance dans la bibliothèque des conseils de préfectures, dans le cabinet des préfets et des sous-préfets, dans les bureaux de tous les chefs de service qui ont à diriger ou à assurer l'application des lois administratives. Ajoutons que les recherches, rendues aisées par la bonne classification des matières, sont encore simplifiées par deux tables, l'une alphabétique, l'autre chronologique, dont la bonne ordonnance prévient toute perte de temps.

Nous sommes peut-être bien exigeant, mais en présence de cet excellent livre nous trouvons encore place pour un regret ou plutôt pour un souhait. Ne serait-il pas possible d'ouvrir un cadre dans ce recueil aux lois fondamentales de l'orga-

Digitized by Google

nisation militaire, à celles que le ministère de la guerre, les conseils de révision et, au-dessus d'eux, le Conseil d'État ont le plus souvent occasion d'appliquer? La loi de 1832, l'ordonnance de 1838, la loi de 1872 seraient les bien venues à cet égard. N'y aurait-il pas moyen d'introduire aussi dans la législation des travaux publics le cahier des charges des ponts et chaussées, tout au moins celui de 1866, dont les juridictions contentieuses ont à faire des applications journalières? Le décret des 7-14 octobre 1790, qui a été jusqu'à la loi du 24 mai 1872 l'unique base légale des recours pour excès de pouvoir, ne mériterait-il pas aussi une petite place parmi les lois de l'Assemblée constituante? Nous éprouvons d'autant moins de scrupule à signaler ces quelques lacunes qu'elles seront très-faciles à combler dès que MM. Vuatrin et Batbie publieront une seconde édition de leur livre, ce qui ne saurait tarder. E. LAFERRIÈRE.

DROIT MUSULMAN.

DU STATUT PERSONNEL ET DES SUCCESSIONS

Par MM. Sautayra, conseiller à la Cour d'Alger, et Cherbonneau, ancien professeur au Collége arabe-français d'Alger.— T. II. *Des successions* [1].

Compte rendu par M. Raphaël Gonse, substitut au tribunal de Limoges.

MM. Sautayra et Cherbonneau ont complété par un second volume l'étude du statut personnel et des successions en droit musulman, dont la première partie avait paru en 1873. Suivant la méthode qu'ils ont adoptée, un exposé succinct des règles juridiques, emprunté en grande partie à *Sidi-Khalil*, précède un commentaire développé, à la fois théorique et pratique. En regard des principes du rite malekite, observé en Algérie, ce commentaire relate les dispositions du rite hanefite, que la domination turque avait introduit; il recherche jusque dans les anciennes coutumes juives les origines du droit de l'Islam. Les références à la jurisprudence française

[1] Un volume in-8°. Paris, Maisonneuve et C°, libraires-éditeurs.

Digitized by Google

précisent la portée des prescriptions traditionnelles et font connaître l'esprit dans lequel elles sont chaque jour appliquées.

On ne pourrait que reprendre ici les considérations auxquelles avait donné lieu l'apparition du premier volume[1]. Les auteurs ont heureusement achevé leur tâche; ils ont porté la lumière dans une législation spéciale jusqu'alors imparfaitement connue. Leur publication, méthodiquement conduite et riche de renseignements, comble une regrettable lacune; elle est appelée à rendre des services qui seront sans nul doute appréciés.

Le premier volume était spécialement consacré à l'état des personnes. On y trouvait rapportées les conditions de la capacité civile. C'était là un point sur lequel il importait aux résidents français d'être éclairés. L'intérêt pratique s'accroît encore dans la seconde partie. Les successions en occupent la moyenne partie ; c'est dire que les solutions qu'elle contient réfléchissent nécessairement sur les questions de propriété et de transmission des biens. Ce sont là des points capitaux pour les intérêts de la colonisation. Le danger des revendications indigènes fondées sur des droits ignorés a été longtemps un obstacle aux établissements sérieux et durables.

La dot et son régime, les successions *ab intestat*, le domaine public (Beïl-el-mal), le partage et la liquidation, le droit de *Chefa* ou de retrait, les legs et les testaments, les donations, les Halous forment autant de chapitres dévelopés.

Le règlement des successions *ab intestat* d'après le droit musulman donne lieu à des difficultés qui, au premier abord, paraissent inextricables. La division des héritiers en héritiers *fardh*, ou réservataires, et héritiers *aceb*, ou universels, le concours de ces deux classes de successibles sur la masse successorale, nécessitent, pour asseoir une liquidation, des calculs fort compliqués. A l'aide de nombreux tableaux et d'exemples multipliés, M. Sautayra et son collaborateur nous permettent de les suivre avec quelque sécurité et de pénétrer sans effort dans les applications d'un droit successoral éminemment confus.

[1] Voir *Revue critique*, 1874, p. 556.

Digitized by Google

Parmi les diverses institutions musulmanes, le droit de *Chefa* et les *Halous* surtout avaient pour effet de rendre précaires les aliénations consenties par les indigènes, et par cela même impossibles les acquisitions. Si elles avaient été maintenues, ces institutions eussent entravé grandement l'installation d'une population européenne. Les auteurs font ressortir comment les modifications apportées à leur fonctionnement leur ont enlevé toute portée préjudiciable au développement de la colonie.

De par le droit de *Chefa* ou de retrait, le copropriétaire et le cohéritier peuvent dans un certain délai revendiquer, contre un acquéreur étranger les immeubles qui lui ont été vendus, à condition d'en rembourser le prix. Les inconvénients d'une telle faculté dans un pays où l'état d'indivision est général ne tardèrent pas à être signalés par les Européens qui cherchaient à s'établir en Algérie. La loi du 16 juin 1851 (art. 17) remit aux tribunaux le droit d'autoriser ou de refuser le retrait, suivant la nature de l'immeuble et les circonstances. D'après la Cour d'Alger (arrêt du 18 juin 1865), le retrait devait être refusé pour des motifs d'intérêt général lorsqu'il s'agissait d'acquisitions révélant un esprit sérieux de colonisation et non d'entreprises d'agiotage. Malgré cette restriction, le danger subsistait encore. Pour en faire disparaître toute crainte, on proposait l'abolition absolue du droit de *Chefa*. La loi du 26 juillet 1873 est moins radicale ; son article 1, § 3, s'exprime ainsi : « Le droit de *Chefa* ne pourra être opposé aux acquéreurs qu'à titre de retrait successoral par les parents successibles d'après le droit musulman, et sous les conditions prescrites par l'article 841 du Code civil. » Cette disposition n'est exécutoire entre musulmans que dans certaines portions du territoire; entre Français et musulmans elle est partout applicable. Ainsi ont été écartés pour les colons les obstacles résultant du droit de *Chefa*.

A l'origine, le *Halous* constituait une donation actuelle en faveur d'une œuvre charitable. La faculté de désigner des dévolutaires intermédiaires a eu pour effet d'en faire des substitutions indéfinies au profit de certains héritiers, protégées par leur caractère religieux et leur destination pie au cas d'extinction des successibles. Les biens constitués en Halous sont inaliénables et imprescriptibles. Cette insti-

Digitized by Google

tution s'était fortement développée en Algérie; elle s'étendait lors de la conquête sur la majeure partie des immeubles de ville et des terrains de banlieue. La législation dut promptement intervenir pour combattre un état de choses aussi défavorable à la colonisation.

L'article 3 de l'ordonnance du 1er octobre 1844 porte: « Aucun acte translatif de propriété d'immeubles consenti par un indigène au profit d'un Européen, ne pourra être attaqué par le motif que les immeubles étaient inaliénables aux termes de la loi musulmane. » L'article 17 de la loi du 16 juin 1851 reproduit cette disposition, et le décret du 30 octobre 1858 l'a étendue aux transactions entre musulmans et entre musulmans et israélites.

Suivant l'expression de plusieurs arrêts de la Cour d'appel d'Alger, les immeubles *halousés* ont été ainsi *désemprisonnés*. Par voie de conséquence, il a été décidé que ces immeubles étaient prescriptibles, qu'ils pouvaient être vendus, hypothéqués, donnés en antichrèse, loués à long terme, compris dans un partage ; qu'ils pouvaient faire l'objet d'une donation ou d'un legs, être saisis et vendus en justice.

Faut-il aller plus loin encore dans l'application de la loi du 16 juin 1851? Par l'effet de cette loi, la nature du droit du dévolutaire a-t-elle été altérée? Est-il devenu propriétaire ou est-il demeuré simple usufruitier? Dans ce dernier cas le prix de vente devrait être substitué au bien lui-même et affecté à l'usufruit des dévolutaires successifs. Des arrêts se sont prononcés en ce sens; néanmoins des décisions plus nombreuses reconnaissent la pleine propriété aux possesseurs actuels, au détriment des appelés éventuels.

La constitution d'un Halous se trouve ainsi limitée, en Algérie, à ce seul effet de régler la transmission des biens, s'ils se trouvent encore dans le patrimoine du grevé, suivant la loi de dévolution faite par le fondateur. C'est à raison de cet état juridique, résultat des lois antérieures, que les Halous doivent être considérés comme conservés par la loi du 26 juillet 1873 (art. 7), qui déclare qu'il n'est point dérogé aux lois sur les successions. Il ne s'agit plus en effet, ici, que d'une attribution successorale. L'article 1er qui abolit tous droits réels ou servitudes fondés sur le droit musulman et contraires à la loi française ne peut s'appliquer aux Halous tels qu'ils sont

Digitized by Google

actuellement restreints dans leurs effets. C'est ce que la Cour d'Alger a d'ailleurs décidé le 23 mars 1874.

Ainsi se trouvent écartées les prescriptions spéciales qui dans la loi successorale musulmane pouvaient préjudicier à la consolidation de notre conquête. Ces exemples font comprendre combien les études sur le droit indigène sont étroitement liées aux intérêts français. L'esprit scientifique, la compétence et les connaissances pratiques de MM. Sautayra et Cherbonneau leur ont permis de nous fournir, en cette matière, un exposé complet que rendaient indispensable l'importance de la colonie en voie de progrès et la part, chaque jour croissante, qu'elle prend au développement de la prospérité nationale. R. GONSE.

COMMENTAIRE DE LA LOI DU 10 DÉCEMBRE 1874 SUR L'HYPOTHÈQUE MARITIME [1],

Par M. Tranquille Morel, avocat.

Compte rendu par M. R. Gonse, substitut au tribunal de Limoges.

Depuis quelques mois à peine la loi sur l'hypothèque maritime est exécutoire. Elle a dès l'abord attiré l'attention et suscité des études juridiques. Il n'en est point encore à notre connaissance d'aussi développée que le traité que vient de publier M. Morel. La Faculté de droit de Caen a couronné son ouvrage, et tous ceux qui le liront ratifieront sans peine cette distinction. La discussion et l'interprétation du texte, l'indication des origines historiques, l'exposé comparé des législations étrangères, l'examen des résultats économiques, tous ces divers aspects du sujet sont traités avec méthode et précision. Pour suivre de près la loi, le commentaire n'en est pas moins complet et approfondi.

L'espoir que l'on a conçu de voir le crédit hypothécaire entrer dans les usages maritimes et accroître la puissance du commerce d'armement français se réalisera-t-il ? L'organisa-

[1] Un volume in-8°. Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1875.

Digitized by Google

tion d'une hypothèque sur les navires a été attendue et demandée avec instance. Sans doute il peut y avoir une part d'illusion dans les résultats qu'on en attend; sans doute aussi on ne peut espérer que son établissement soit le signal d'un essai subit dans les entreprises de transport par mer. Les capitaux n'abandonneraient que peu à peu la défiance qui les tient éloignés d'un emploi réputé dangereux. Avant que la pratique accepte une institution nouvelle, il faut patiemment attendre que le temps ait permis aux intéressés d'en apprécier pleinement les avantages. Peut-être sera-t-il nécessaire aussi de compléter certaines dispositions et d'en modifier quelques-unes dont l'usage signalera les inconvénients.

Partisan du principe de la loi nouvelle, M. Morel insiste cependant sur les défectuosités qu'elle présente. Il indique les prescriptions qui pourront en entraver le fonctionnement, celles dont l'application présentera des difficultés que le législateur n'a pas prévues.

Parmi les points qui soulèvent ces critiques, on peut signaler : l'impossibilité de radier, en cours de voyage, les hypothèques mentionnées sur l'acte de francisation; les difficultés qui proviennent du maintien, pour certains cas, de l'effet déclaratif du partage : les hypothèques constituées par un copropriétaire, par suite de succession ou de dissolution de communauté conjugale, disparaissent si le navire ne tombe pas dans le lot du constituant; la suppression de la surenchère en cas de vente judiciaire; le maintien des formes surannées édictées par l'articles 201 du Code de commerce pour la saisie et la vente des navires, formes dont le projet de révision de 1865 proposait le remplacement par une procédure simplifiée; la nécessité de donner caution pour surenchérir. En outre, on doit relever des observations plus importantes sur la subrogation légale au bénéfice de l'assurance, l'hypothèque sur le navire en construction et l'hypothèque éventuelle.

D'après l'article 17, les droits des créanciers s'exercent sur le produit des assurances faites par l'emprunteur. Il y a donc là une subrogation légale. Cette disposition a fait naître chez les assureurs des craintes exagérées. Dans une circulaire émanant des assureurs du Havre on lit : « Cet article obligera « tous les armateurs, aussi bien ceux dont les navires ne se-

Digitized by Google

« ront pas grevés que les autres, à des démarches, des for-
« malités et des délais pour justifier que le navire assuré est
« libre de toute hypothèque, sans compter qu'il exposera,
« dans certains cas, les assureurs au risque de payer deux
« fois. En conséquence de cette situation, les compagnies
« d'assurances françaises ont décidé qu'à l'avenir elles n'ac-
« cepteront de police sur corps qu'avec la clause suivante :
« La condition de validité de la présente police est que le
« navire ne soit grevé d'aucune hypothèque maritime ac-
« tuelle, ni éventuelle. Il est interdit, à peine de nullité de
« la police pour les risques restant à courir, de faire, pendant
« la durée des risques, aucun emprunt hypothécaire sur le
« navire, sans le consentement des assureurs. »

Cette décision si elle était maintenue, serait de nature à entraver complétement le fonctionnement de l'hypothèque maritime. Les compagnies d'assurances n'ont-elles pas pris une décision un peu précipitée et le danger qu'elles redoutent n'est-il pas en grande partie imaginaire? L'état hypothécaire du navire est constaté; rien n'est plus nécessaire que de s'en assurer avant le payement de l'indemnité, et d'éviter ainsi la possibilité d'un double payement.

Toutefois il faut ajouter que la subrogation légale ne présente pas des avantages tels qu'il soit indispensable de la maintenir. Le créancier reste ainsi dans la dépendance du débiteur, qui, par sa négligence ou sa faute, pourra compromettre la garantie. Le prêteur vigilant devra vérifier la valeur de l'assurance. La subrogation n'existe d'ailleurs qu'en cas de perte ou d'innavigabilité. Si donc il n'y a lieu qu'à un règlement en avaries ou que l'armateur opte pour ce mode d'indemnité au lieu de délaisser, le créancier n'a pas d'action directe contre l'assureur. Il paraît donc qu'il eût été préférable d'imiter les législations étrangères et de laisser aux parties le soin de combiner l'assurance comme elles l'entendent. Que le créancier stipule la subrogation, qu'il fasse transférer la police en son nom, qu'il complète ou modifie l'assurance s'il la juge défectueuse. Ce retour pur et simple à la liberté des conventions sauvegarderait tous les intérêts.

L'hypothèque peut être constituée sur un navire en construction. On a cherché ainsi le moyen d'attirer les capitaux vers les constructions maritimes. La loi ne dit pas à quel

Digitized by Google

point d'avancement le navire devra être parvenu pour servir d'assiette à l'hypothèque, et son silence sur ce point accroît encore la difficulté de concevoir juridiquement une garantie réelle, attachée à un objet encore à naître. En outre la constitution de cette hypothèque paraît dans la pratique devoir rencontrer des obstacles considérables. Le prêteur, s'il prenait en garantie des constructions à faire serait à la merci du constructeur. Alors même que ses avances ne dépasseront pas la valeur des constructions faites, il ne pourra réaliser dans la plupart des cas son gage qu'avec la plus grande difficulté. La validité même de l'hypothèque dépendra du point de savoir si le constructeur est resté propriétaire, ou si l'armateur qui doit prendre livraison a acquis une part de propriété correspondante aux à-compte qu'il a versés. Ce point encore incertain rend précaire la situation du créancier hypothécaire. Il est donc permis de penser, avec M. Morel, que les constructeurs ne pourront que très-rarement recourir au crédit hypothécaire.

Pour l'hypothèque éventuelle, la loi nouvelle ne reproduit pas, il est vrai, les dispositions de la loi anglaise; celle-ci consacre, par le certificat d'hypothèque, la faculté de constituer hypothèque par mandataire en un lieu déterminé ou en dehors des possessions britanniques. Toutefois, en autorisant le propriétaire à faire inscrire avant le départ du navire une certaine somme que le capitaine pourra emprunter en cours de voyage, l'article 26 de la loi française organise une institution qui présente la plus grande analogie, et peut rendre les mêmes services que celle du *merchant shipping act*.— Sans être une institution inutile, cette forme d'hypothèque produira-t-elle des résultats pratiquement utiles? Sur ce point, les prévisions de M. Morel nous paraissent trop pessimistes. L'hypothèque en cours de voyage ne se substituera pas dans tous les cas au prêt à la grosse. Mais le prêt à la grosse expose le créancier aux risques de mer. Le prêteur hypothécaire, au contraire, alors même que la garantie disparaîtrait, conserve son droit de créance contre l'armateur; il est dans une situation identique à celle du prêteur avant le voyage.

D'autre part, l'armateur a un intérêt évident à ne pas subir les conditions si onéreuses du prêt à la grosse.

Alors même que sa situation financière lui permettrait de

Digitized by Google

ne pas recourir au crédit hypothécaire, il pourra cependant lui paraître prudent, pour éviter, en cours de voyage, la nécessité d'avoir recours à un prêteur à la grosse, d'autoriser le capitaine à donner une garantie hypothécaire.

Si, comme on doit le désirer, l'hypothèque maritime entre dans la pratique, les points aujourd'hui douteux s'éclairciront; d'autres difficultés, encore imprévues, pourront surgir et, si la nécessité l'exige, des modifications à la loi nouvelle pourront avec plus de sûreté être proposées et adoptées. Les faits seuls permettent d'apprécier pleinement le mérite et les lacunes des dispositions législatives. M. Morel n'en aura pas moins posé dès l'origine les principes essentiels et fourni un guide sûr à consulter pour tous ceux que leurs intérêts, leurs études ou leurs devoirs professionnels appellent à faire un examen sérieux de la loi du 10 décembre 1874.

R. GONSE.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

3178. Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière et Cᵉ, 26, rue Racine.

Digitized by Google

DE L'HYPOTHÈQUE SUR LES CHEMINS DE FER,

Par M. Léon Aucoc,
Président de section au Conseil d'État.

Dans l'état actuel de la législation française, le concessionnaire d'un chemin de fer peut-il constituer sur le sol du chemin et sur les immeubles qui en dépendent, ou du moins sur sa concession et sur les droits qui en dérivent, une hypothèque au profit de ses créanciers?

Cette question s'est soulevée récemment devant le Conseil d'État. Dans le cahier des charges de la concession d'un chemin de fer d'intérêt local, concédé par un conseil général, se trouvait une clause ainsi conçue : « En dehors des obli-« gations émises par autorisation de l'administration supé-« rieure, qui en fixe le nombre, les concessionnaires s'en-« gagent à n'affecter à aucune hypothèque, de quelque « nature qu'elle soit, la propriété du chemin, de telle sorte « que la différence intégrale demeure la garantie exclusive « du département, et à cet effet, le département conservera « son droit d'hypothèque pour l'exercer immédiatement « après les porteurs d'obligations..... »

Le Conseil d'État, dans un avis en date du 5 novembre 1874, proposé par la section des travaux publics, sur le rapport de M. Griolet, maître des requêtes, a exprimé l'opinion que cette clause devait être retranchée du traité conclu entre le département et le concessionnaire, parce qu'elle était contraire aux principes qui dérivent de la nature du domaine public, dont les chemins de fer d'intérêt local font partie comme les chemins de fer d'intérêt général, et qu'elle donnerait aux porteurs d'obligations des espérances qui ne pourraient se réaliser.

La question nous paraît mériter un examen approfondi. Non pas que la solution nous paraisse douteuse dans l'état actuel de la législation et de la jurisprudence; mais la jurisprudence a varié, la législation a été sur le point d'être modifiée et, dans plusieurs pays étrangers, une règle différente de celle qui prévaut chez nous a été établie par des lois qui, les unes sont anciennes, les autres sont récentes.

Aux termes de l'article 2118 du Code civil, sont seuls sus-

Digitized by Google

ceptibles d'hypothèque : 1° les biens immobiliers qui sont dans le commerce et leurs accessoires réputés immeubles; 2° l'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée.

Si nous consultons les traités dans lesquels le dernier état de la législation et de la jurisprudence sur les hypothèques est exposé avec une autorité unanimement reconnue, l'*Explication du Code Napoléon* de M. Pont, le *Cours de droit civil français* de MM. Aubry et Rau, nous ne trouvons, dans le commentaire de l'article 2118, aucune indication relative aux hypothèques constituées sur les chemins de fer ou les concessions de chemins de fer. Au contraire, dans le *Répertoire* de M. Dalloz, v° PRIVILÉGE ET HYPOTHÈQUE (n°s 837 et 838), dont la publication remonte à 1857, la thèse que les chemins de fer concédés sont la propriété des concessionnaires et qu'ils peuvent être la base d'une hypothèque, est présentée comme incontestable.

Pour apprécier cette question, il importe de rechercher avec soin quels sont les droits et les obligations qui dérivent des concessions de chemins de fer.

En acceptant une concession de chemin de fer, le concessionnaire s'engage d'abord, en général, à exécuter le chemin dans les délais et dans les conditions stipulées par la convention et le cahier des charges, telles qu'elles sont indiquées dans les articles 1 à 29 du modèle de cahier des charges adopté en 1857 par l'administration.

Quand la concession est faite dans les conditions de la loi du 11 juin 1842, il s'engage du moins à mettre la voie en état d'être exploitée par l'exécution des travaux dits de superstructure, à savoir l'établissement du ballast, la pose des rails et la construction des stations.

Il s'engage, dans tous les cas, d'après l'article 30 du cahier des charges, à entretenir le chemin de fer et toutes ses dépendances en bon état jusqu'à l'expiration de la concession, qui n'est jamais perpétuelle [1].

Voilà pour la construction du chemin.

[1] Les concessions perpétuelles, faites en petit nombre antérieurement à 1833, ont été remaniées, au point de vue de la durée, dans des conventions postérieures. Il n'en existe plus qu'en matière de canaux de navigation, par exemple pour le canal du Midi.

Digitized by Google

Il s'oblige, en second lieu, à exploiter ce chemin dans les conditions fixées par le cahier des charges et sous le contrôle de l'administration, conformément à l'ordonnance du 15 novembre 1846 (art. 32 à 34, 43 à 58, 61 et 62 du cahier des charges).

D'autre part, pour indemniser le concessionnaire des travaux et dépenses qu'il s'engage à faire et sous la condition expresse qu'il en remplira exactement toutes les obligations, l'État lui accorde l'autorisation de percevoir, pendant toute la durée de la concession, les droits fixés dans le tarif compris à l'article 42 du cahier des charges et qui se divisent en droit de péage et droit de transport, le premier correspondant à la rémunération des travaux effectués, le second correspondant à la rémunération des frais d'exploitation.

Les conventions ajoutent souvent, à la rémunération qui résulte du tarif, des subventions ou des garanties d'intérêt accordées par l'État.

Enfin, à l'époque fixée pour l'expiration de la concession et par le seul fait de cette expiration, le gouvernement reprend possession du chemin de fer, et entre en jouissance de tous ses produits. Le concessionnaire doit lui remettre en bon état d'entretien, ainsi que l'indique l'article 36, le chemin de fer et tous les immeubles qui en dépendent, quelle qu'en soit l'origine, ainsi que les barrières, clôtures, voies, plaques tournantes et autres objets qui sont immeubles par destination. Pour garantir l'exécution complète de cette obligation, le cahier des charges porte que, pendant les cinq dernières années de la concession, l'État a le droit de saisir les revenus du chemin de fer et de les employer à mettre en bon état le chemin de fer et ses dépendances.

En ce qui concerne les objets mobiliers, tels que le matériel roulant, les matériaux et approvisionnements de tout genre, le mobilier des stations, l'outillage des ateliers et gares, le concessionnaire peut obliger l'État à les acquérir sur l'estimation qui sera faite à dire d'experts et, réciproquement, l'État a le droit de forcer la compagnie à les lui céder. Toutefois, l'État ne peut être tenu de reprendre que les approvisionnements nécessaires à l'exploitation du chemin pendant six mois.

Tels sont les effets essentiels du contrat de concession de

Digitized by Google

chemin de fer. Quelle est la situation légale qui est faite au concessionnaire ?

Le concessionnaire de chemin de fer est, à l'égard de l'administration comme du public, tantôt un entrepreneur de travaux publics, tantôt un entrepreneur de service de transport. Il n'est pas, ce nous semble, autre chose.

Il n'a, sur le sol du chemin qu'il a construit ou mis en état d'être exploité pour le compte de l'administration, aucun droit de propriété, ni même aucun droit immobilier qui puisse être qualifié d'usufruit ou d'emphytéose. En effet, les voies de communication consacrées au service du public font, par leur destination, partie du domaine public; celles qui sont construites par l'État ou pour son compte font partie du domaine public national. Il en est ainsi des chemins de fer, bien qu'ils ne soient pas compris dans l'énumération de l'article 538 du Code civil, rédigé avant que les chemins de fer fussent connus.

Au début de la création de ces voies spéciales, les notions juridiques n'étaient pas très-nettes sur ce point, et si aucun doute ne pouvait s'élever sur le caractère des chemins qui auraient été construits aux frais de l'État, la nature du droit des concessionnaires pendant le temps de leur concession donnait lieu à des appréciations diverses.

On sait que les premières concessions avaient été faites à perpétuité; quand on commença à donner des concessions temporaires, l'administration laissa glisser, dans quelques articles des cahiers des charges, des dispositions où il était fait allusion aux droits de propriété de la compagnie sur le chemin. Ainsi l'article relatif aux droits de l'État et de la compagnie, à l'expiration de la concession, a été, jusqu'en 1847, conçu en ces termes : « A l'époque fixée pour l'expi-« ration de la concession et par le seul fait de cette expi-« ration, le gouvernement sera subrogé à tous les droits de « la compagnie *dans la propriété* des terrains et des ouvrages « désignés au plan cadastral mentionné dans l'article 26. Il « entrera immédiatement en jouissance du chemin de « fer.... [1] »

[1] C'est dans le cahier des charges dressé pour la concession du chemin de fer de l'Ouest et annexé à la loi du 13 mai 1851, que la rédaction de cet

Digitized by Google

Diverses lois rendues à la même époque semblent également admettre qu'une hypothèque peut être prise en vue de garantir les droits des créanciers de la compagnie, sur le chemin de fer d'abord et, en outre, sur le matériel affecté à l'exploitation qui est considéré comme immeuble par destination. Cette disposition se rencontre notamment dans les articles 11 et 20 de la loi du 15 juillet 1840, qui autorise des prêts faits par l'État à la compagnie du chemin de fer de Strasbourg à Bâle et à celle du chemin de fer d'Andrézieux à Roanne, ainsi que dans les articles 3 et 5 de la loi du 9 août 1847 qui autorise un prêt fait par l'État à la compagnie du chemin de fer de Montereau à Troyes.

Le droit de propriété des compagnies concessionnaires sur les chemins de fer ne pouvait être soutenu en présence du principe posé par l'article 1er de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer, qui porte que les chemins exécutés par l'État ou concédés font partie de la grande voirie, c'est-à-dire du domaine public inaliénable et imprescriptible.

Aussi, dès 1851, le Conseil d'État, se fondant sur cette loi, commençait à dissiper la confusion en décidant que les chemins de fer faisant partie du domaine public, alors même qu'ils ont été concédés, n'appartiennent pas aux compagnies concessionnaires, et que, par conséquent, ces compagnies ne peuvent être assujetties à la taxe représentative des droits de transmission entre-vifs et par décès créée par la loi du 20 février 1849 [1].

Mais cette décision n'excluait pas tout droit immobilier au profit des compagnies. On pouvait admettre que, si les compagnies n'avaient pas la propriété des chemins, elles avaient un droit réel analogue à l'usufruit ou à l'emphytéose. M. Bethmont, dans son rapport au Conseil d'État sur le projet de loi relatif à la réforme du régime hypothécaire préparé en 1850, admettait comme incontestable que « les

article a été pour la première fois remaniée de façon à faire disparaître les mots : « droits de la compagnie dans *la propriété des terrains et des ouvrages* ».

[1] Arr. Cons., 8 février 1851 (chemins de fer du Centre, — de Paris à Rouen, — de Rouen au Havre, etc.), suivis de nombreux arrêts rendus dans le même sens.

Digitized by Google

« longues jouissances concédées par l'État sur les terrains « destinés à l'établissement des chemins de fer constituent « des droits emphytéotiques sur lesquels l'hypothèque peut « s'asseoir ». L'article 2118 du projet de loi préparé par le Conseil d'État et adopté par la commission de l'Assemblée législative dont M. de Vatimesnil était l'organe, comprenait parmi les biens susceptibles d'hypothèque : «... 4° Les con- « cessions de chemins de fer, canaux, ponts et autres tra- « vaux d'utilité publique faites pour vingt ans ou plus. » Mais la réforme préparée à cette époque n'a pas abouti, et la loi est restée muette sur cette question.

L'autorité judiciaire a été appelée à la trancher en se fondant uniquement sur les principes généraux du droit et sur la nature du contrat de concession de travaux publics.

Déjà, en 1850, le tribunal de la Seine avait nettement décidé que les créanciers de la compagnie concessionnaire du chemin de fer de Sceaux n'étaient pas fondés à faire pratiquer une saisie immobilière sur cette voie publique [1], lorsque la Cour de cassation a été saisie de la question au point de vue de la perception du droit d'enregistrement. Dans un arrêt longuement motivé, au rapport de M. le conseiller Glandaz, elle a reconnu que, soit qu'il s'agisse de chemins construits par les concessionnaires, soit qu'il s'agisse de chemins construits par l'État, les chemins sont une dépendance du domaine public et ne sauraient, dès lors, appartenir aux compagnies qui n'en ont que l'exploitation; que le droit des concessionnaires, limité au produit des chemins de fer, distinct de la propriété de ce chemin immédiatement acquise à l'État, ne participe en rien de la nature immobilière de cette propriété; que de l'attribution des chemins de fer au domaine public, il résulte encore que la jouissance des compagnies, quelles qu'en soit l'importance et la durée, n'a jamais le caractère d'un usufruit, d'une emphytéose ou de tout autre droit analogue emportant un démembrement de la propriété publique contraire aux principes qui en assurent la conservation et l'intégrité; qu'ainsi et à quelque point de vue qu'on se place, les droits des compagnies sur les chemins de fer sont purement mobiliers [2].

[1] Jugement du 27 juillet 1850, D., 1850, 5, 78.
[2] Cass., 15 mai 1861 (Mancel), D., 1861, 1, 225.

Digitized by Google

Elle a maintenu le même principe dans un arrêt postérieur en décidant que « si les compagnies ne sont pas propriétaires des voies qui leur ont été concédées et que si « leur possession est précaire par rapport à l'État, on ne « saurait contester qu'elles n'aient reçu de l'État le droit de « les exploiter à leur profit et qu'elles ne soient chargées de « veiller, sous leur propre responsabilité, à la conservation « de tout ce qui forme l'objet de la concession ; que ce droit « et cette obligation impliquent le pouvoir d'exercer les actions possessoires, qui sont essentiellement des actes conservatoires et d'administration[1] ».

Si le concessionnaire d'un chemin de fer n'a aucun droit de propriété, d'usufruit ou d'emphytéose sur le sol du chemin de fer qui fait partie du domaine public, nous n'avons pas besoin d'insister pour établir qu'il ne peut constituer sur le sol de ce chemin une hypothèque au profit de ses créancie

Nous avons indiqué qu'un projet de loi préparé en 1850 sur le régime hypothécaire admettait une constitution d'hypothèque, non pas sur le chemin de fer lui-même, mais sur la concession considérée comme une emphytéose. Le projet de loi n'ayant pas abouti, cette règle n'a point passé dans la législation, et les précédents antérieurs à cette époque n'ont plus de valeur en présence des principes posés par la jurisprudence de la Cour de cassation.

C'est donc avec raison que le Conseil d'État, dans son avis du 5 novembre 1874, a considéré comme contraire à la législation la clause du cahier des charges d'un chemin de fer d'intérêt local qui contenait une stipulation d'hypothèque, en vue de garantir les droits du département, et semblait admettre que les porteurs d'obligations auraient également une hypothèque sur le chemin.

La question a été résolue tout naturellement en sens contraire dans les pays où les concessions de chemins de fer sont perpétuelles, comme en Angleterre et en Amérique. Dans ces pays, les concessionnaires peuvent donner à leurs créanciers une hypothèque sur tout ce qu'ils possèdent :

[1] Cass., 5 novembre 1867 (Clertan c. compagnie du chemin de fer de Lyon), D., 1868, 1, 117.

Digitized by Google

terrains, bâtiments et matériel affecté à l'exploitation du chemin.

En Amérique, les obligations sont émises par des fidéicommissaires (*trustees*), organisés en compagnies (*trust companies*), qui stipulent de la compagnie du chemin de fer l'engagement de consentir une première hypothèque sur ses propriétés présentes et à venir, qui veillent à l'emploi des fonds, qui touchent et distribuent les intérêts et qui, au besoin, exerceraient des poursuites pour sauvegarder les droits des obligataires. De plus, il paraît que, dans ces derniers temps, on serait arrivé à restreindre l'importance de la dette hypothécaire des compagnies à la somme totale de la valeur du prix des rails et de la valeur vénale des terres sur lesquelles une ligne est construite (à moins que les compagnies n'aient, en outre, des concessions de terres domaniales), de telle sorte qu'en supposant que le créancier hypothécaire dût recourir à la mesure la plus extrême d'exécution, c'est-à-dire faire vendre la ligne pour le prix du terrain et des rails, le remboursement de la créance fût encore assuré [1].

En Angleterre, les porteurs d'obligations trouvent aussi une garantie dans des hypothèques. Toutefois on a reconnu que les droits des créanciers hypothécaires pourraient causer au public un grave préjudice en amenant l'interruption du service, et une loi du 20 août 1867 a interdit de saisir le matériel des chemins de fer.

Mais en outre, depuis plusieurs années, dans les pays mêmes où les concessions de chemins de fer ne sont pas perpétuelles, le législateur s'est préoccupé d'assurer, au moyen d'hypothèques organisées dans les conditions spéciales que commande la nature des chemins de fer, une garantie pour les créanciers des compagnies.

On peut citer en ce sens la loi hongroise du 7 avril 1868, la loi autrichienne du 19 mai 1874, la loi fédérale suisse du 24 juin 1874. La loi fédérale suisse exige l'autorisation du Conseil fédéral pour la constitution d'hypothèques sur les chemins de fer, soit sur le réseau tout entier d'une compa-

[1] *Étude financière sur les chemins de fer américains*, par Frignet, ancien avocat au Conseil d'État.

Digitized by Google

gnie, soit sur une ligne distincte; elle pose une série de règles spéciales pour la liquidation forcée des entreprises de chemins de fer. Elle dispose d'ailleurs que les créanciers hypothécaires n'ont pas le droit d'entraver l'exploitation de la ligne; ils sont seulement autorisés à s'opposer à la vente du chemin de fer, à l'aliénation d'une partie considérable du matériel et à la fusion avec d'autres compagnies, dans le cas où la sécurité de leur créance hypothécaire serait mise en péril [1].

Il y a là une réforme qui mérite d'être étudiée.

LÉON AUCOC.

QUESTIONS

CONCERNANT

LA NATIONALITÉ DES HABITANTS DE L'ALSACE-LORRAINE [2].

Par M. ROBINET DE CLÉRY,
Premier président honoraire de la Cour d'appel de Besançon.

(*Suite et fin.*)

Les seules divergences d'opinions qui restent à prévoir, concerneront :

1° Les enfants nés depuis l'annexion, sur le territoire détaché, où leurs familles étaient encore domiciliées sans en être originaires;

2° Ceux dont la naissance aurait eu lieu à l'époque où la nationalité paternelle, subordonnée à une condition, était incertaine:

3° Ceux qui, justifiant que leurs parents ou eux-mêmes ont reçu la vie, dans l'une des deux provinces, à l'époque où elles étaient encore françaises, réclameraient, par ce motif, le bénéfice de l'article 9 du Code civil ou des lois des 22 mars 1849, 7 février 1851 et 16 décembre 1874.

Voilà une dernière série de questions à traiter et quelques-unes ne seraient pas, dans la pratique, tout à fait exemptes de difficultés.

[1] La loi autrichienne et la loi suisse de 1874 sont rapportées avec des commentaires d'un grand intérêt dans l'*Annuaire de législation étrangère* publié par la Société de législation comparée, 1875, p. 286 et 480.

[2] Voir les livraisons d'avril 1875, p. 264; mai, p. 317; juillet, p. 459, et janvier 1876, p. 15.

Digitized by Google

§ Ier.

DES CONDITIONS MOYENNANT LESQUELLES LA QUALITÉ DE FRANÇAIS SERA ULTÉRIEUREMENT MAINTENUE, OU SE PERDRA DANS LES FAMILLES AYANT EN ALSACE-LORRAINE LEUR DOMICILE ET NON LEUR ORIGINE.

Beaucoup de Français, venus d'autres départements, habitaient ceux que la guerre nous a ravis. Ce séjour s'étant prolongé après le 1er octobre 1872, leur changement d'état a, dès lors, été tenu pour avéré par les autorités civiles et militaires du lieu de leur résidence. Plusieurs d'entre eux y ont eu des enfants depuis l'annexion. Ils en auront encore. A laquelle des deux patries les uns et les autres appartiennent-ils? — Conséquent avec lui-même, le gouvernement impérial ne distingue pas et les traite comme ses sujets. Il les astreint à en remplir les obligations, les destine à faire partie des contingents actuels ou futurs dont son armée se recrute. Il leur reconnaît aptitude pour être admis dans les services publics et être investis des fonctions qu'il confère.

Le gouvernement français, qui s'est prononcé en sens contraire, n'a pas varié non plus. Sa correspondance, et surtout la dernière note qu'il aît rendue publique, ont été une protestation, à l'appui de laquelle nous avons cru pouvoir rappeler quelques précédents historiques et judiciaires, invoquer des opinions et des autorités ayant pour nous un très-grand poids[1].

Aujourd'hui comme alors, elles nous paraissent irréfutables; mais, tandis que ces questions attendaient une solution toujours ajournée, le temps en s'écoulant accroissait les difficultés. La diplomatie ne serait plus en mesure de prendre, au détriment des droits acquis dans l'intervalle, un efficace expédient. Si quelquefois, dans des circonstances analogues, la puissance publique s'est prêtée à des arrangements et à des sursis pour ménager des individus réclamés par un État voisin[2], ces tempéraments, inspirés par un esprit de conciliation et de bonne entente, ont toujours

[1] *Revue critique*, t. II, p. 219 et suiv.

[2] C'est ainsi que, nonobstant les termes formels de l'article 6 du traité franco-sarde du 24 mars 1860, des enfants dont les parents étaient originaires des provinces italiennes ont été, quoique nés en Savoie ou dans l'arrondissement de Nice, admis à faire, à leur majorité, une option dans l'attente de laquelle il était sursis à les astreindre aux opérations de recrutement.

Digitized by Google

réservé aux tribunaux l'appréciation des débats. engagés entre personnes privées au sujet de leur nationalité [1].

Au point de vue judiciaire, l'état de celui qui, n'étant originaire ni de Lorraine ni d'Alsace, y aurait conservé son domicile, ne donnerait prise à aucun doute sérieux. Le cas n'avait pas été prévu. Il n'en est pas question dans les conventions de 1871, et les protocoles les ayant précédées n'ont pas gardé trace d'explications s'y rapportant. Volontairement expatrié, notre compatriote n'a pas cessé d'être Français. Ses enfants le seront aussi.

Il n'importerait qu'ils fussent nés dans une des localités dont la cession était effectuée. A partir de ce jour (20 mai 1871), il n'y avait plus de distinction à faire en prenant le lieu natal pour régulateur.

La stipulation qui l'avait ainsi voulu s'était, en cela, écartée du droit commun [2]. Personne ne prétendrait qu'elle fût applicable aux jeunes Français qui, aujourd'hui encore, viendraient à naître dans le pays détaché. Ceux *qui y étaient déjà nés quand le traité y avait reçu force de loi* étaient les seuls auxquels s'imposât l'alternative de subir le changement de domination ou de s'y soustraire par l'emploi des moyens mis, par cette même loi, à leur disposition.

[1] La compétence judiciaire a été affirmée dans le cas même où, en dehors de la loi et des traités, il était pris des arrangements qui en paralysaient ou en atténuaient les effets. La remarque en fut faite lorsque, à l'occasion d'une affaire plaidée aux audiences de la Cour de Chambéry, les 3 et 4 mai 1875, il fut incidemment question d'une correspondance échangée entre les ministères français et italiens. En rapportant cette partie des conclusions du procureur général et les arrêts intervenus à la suite, *le Droit* (numéros des 7 et 8 juin) ajoutait : « Cet accord constitue un simple *modus vivendi*, « et il a été reconnu, de part et d'autre, dans les dépêches échangées entre « les deux gouvernements, que la solution avait un *caractère purement « administratif*, et qu'elle n'empêchait pas les intéressés, dans le cas où ils « ne voudraient pas s'y soumettre, de faire valoir leurs droits devant les « tribunaux compétents... » Nous avons, d'ailleurs, constaté que le gouverneur allemand, en exécutant le jugement du tribunal de Strasbourg du 17 octobre 1874, avait reconnu l'autorité des décisions juridiques (*suprà*, *Revue critique*, t. IV, p. 471).

[2] Suivant la Cour de cassation (arrêt du 5 mai 1862), notre loi « fait dé« pendre la nationalité *exclusivement* de la filiation ». Sur ce point, la doctrine est unanime. Elle fait, est-il dit dans une récente dissertation (*Gazette des tribunaux*, 26, 27 octobre 1874), « prédominer le principe « personnel de la filiation sur le principe territorial de la naissance... »

Digitized by Google

Les familles demeurées françaises dans les provinces qui ne le sont plus transmettent donc leur nationalité à la génération suivante. Nous ne méconnaissons pas que leurs membres ne soient fréquemment exposés à la perdre. Les rigueurs exercées envers ceux qui n'accèdent pas aux interprétations ou aux injonctions allemandes sont propres à faire impression sur des caractères faibles ou timorés [1]. Ébranleront-elles nos concitoyens laissés sans direction, sans appuis, sans conseils? En continuels contacts avec l'extranéité, ils la touchent, la côtoient, si l'on peut s'exprimer ainsi. A tous moments, elle menace de pénétrer parmi eux. Celui d'entre eux qui l'aurait acceptée ou subie la communiquerait à ses enfants, à moins qu'un droit individuel ne leur fût acquis et n'y fît obstacle.

Dans cette situation difficile, il importe de bien connaître : 1° Par quels actes personnels l'état civil est compromis? — 2° Quel sera l'effet des changements survenus, dans celui des parents, par abdication ou réintégration?

N° 1. — *Faits personnels entraînant la privation du titre de Français.*

Le Code civil est encore en vigueur dans les deux provinces, et, en aucun cas, nous n'aurions à nous préoccuper de la législation importée par le conquérant. Des familles restées françaises continueraient à être régies par leur statut personnel. C'est une règle fondamentale et partout ailleurs respectée. Nous la trouvons rappelée dans ces quelques lignes écrites peu d'années avant les événements qui leur donnent aujourd'hui une saisissante actualité : « La loi du « pays étranger peut être contraire à la loi française, re- « garder l'enfant comme naturel de ce pays et le soumettre « au régime militaire. Mais tout cela consiste en fait, et le « droit de l'enfant ne changera pas en France, s'il ne se trouve « pas dans un cas de déchéance prévu par la loi française. Il « pourra venir en France, s'y établir et exercer tous les « droits civils français, *à quelque âge et à quelque époque* « *qu'il le voudra*, sans formalités préalables [2]. »

[1] M. Winserar, député de l'Alsace, a signalé au Reichstag (séance du 10 décembre 1875) les vexations auxquelles une autre catégorie de dissidents était en butte.

[2] Coin-Delisle, *Revue critique*, 1864, § 3.

Digitized by Google

Les cas de déchéance à appréhender ont été par nous prévus et discutés ailleurs[1]. Sans revenir sur ces points déjà appréciés, observons seulement que l'incorporation dans l'armée allemande n'aurait pas, pour un mineur élevé sur le territoire de l'Empire, la signification et les suites justement attribuées au même fait quand il émane d'un majeur maître de ses actions. — Celui-ci aurait à s'imputer de n'avoir pas quitté le pays où il se voyait imposer un acte contraire à ses devoirs de citoyen[2]. — Celui-là, l'habitant avec sa famille, n'aurait pas eu la faculté de s'en éloigner. — A cet âge, d'ailleurs, on n'est pas présumé avoir compris la gravité de ces sortes de félonies et l'on n'en encourt pas la responsabilité. Les autorités les plus imposantes se prononcent ainsi[3], et elles ont eu la sanction de plusieurs arrêts[4]. L'un d'eux pose en principe absolu « l'incapacité « morale qui défend au mineur d'abdiquer un de ses droits « les plus précieux, la nationalité[5] ». Des instructions ministérielles ont mis en pratique cette sage distinction. L'une d'elles, en date du 1er mai 1862, s'est ainsi exprimée : « La « perte, comme l'acquisition de la qualité de Français, ne « pouvant résulter que du fait d'une personne capable de « tous les actes de la vie civile, l'article 21 du Code civil « n'est pas applicable aux mineurs qui, sans autorisation du « gouvernement, ont pris du service à l'étranger[6]..... »

Que décider relativement à celui qui, après sa majorité, serait resté sous les drapeaux de l'Allemagne? — Cette éventualité se présentera souvent et de bons esprits hésiteront peut-être, en raison du complet désaccord se manifestant entre l'arrêt et la circulaire précités. — D'une part, la Cour de Metz n'a pas cru, dans son arrêt du 25 avril 1849[7], avoir aucun compte à tenir de ces prolongations de service. Elle a refusé « de voir dans ce fait l'intention et la volonté de devenir étranger. » Elle a ajouté : « La loi, dans l'arti-

[1] et [2] Voir *Revue critique*, 1872-1873, p. 309 et suiv.

[3] Aubry et Rau, § 74, p. 420; Demolombe, t. Ier, n° 185; Alauzet, n 71.

[4] Metz, 10 et 25 avril 1849, S., 49, 2, 310 et 50, 2, 275; Demolombe, n° 185.

[5] et [7] Metz, 25 avril 1849, *eod.*

[6] D. P., 62, 3, 77; *sic* Alauzet, n° 71, *in fine.*

Digitized by Google

« cle 21 du Code civil, suppose un engagement contracté en « connaissance de cause et non pas un service continué for- « cément sur la foi d'un acte passé en minorité. » — D'autre part, la circulaire de 1862 exigerait « que le service eût « cessé à l'époque de la majorité[1]. » Mais elle a trait à des engagements purement volontaires et non au cas où le gouvernement étranger croirait être, en vertu de sa souveraineté, en droit de retenir le jeune homme enrégimenté par contrainte. Elle ne prévoit pas l'*exception de force majeure*, dont ce dernier argumenterait en prouvant qu'il lui a été impossible d'abandonner son corps et de quitter le pays.

Au surplus, il appartiendrait à notre gouvernement de restituer, par lettres de relief, à ces jeunes Français, la patrie, objet de leurs préférences et de leurs sincères regrets. Dans des circonstances très-favorables, des corps judiciaires ont même eu égard à des *équivalents*. Ils les ont jugés suffisants pour *réhabiliter* le *Français* et lui rendre la plénitude de ses droits civils[2].

Des observations de même nature s'appliquent à la plupart des cas spécifiés aux articles 17, 18 et 19 du Code civil. Il en doit être fait libérale et bienveillante appréciation. L'équité le commande; elle ne permettrait pas de réputer libre et spontané ce qui aura été trop souvent le résultat de pressions exercées. Elles auront peut-être déterminé, dans ces familles expatriées, l'occupation de certaines positions, ou même l'acceptation d'emplois impliquant, en apparence au moins, allégeance au nouveau souverain et, quelquefois, des actes ainsi interprétés auront été inconscients.

Insignifiant pour le mineur qui le subit et ne le choisit pas[3], le domicile, eût-il beaucoup duré, n'assimile pas le majeur à la nation dans laquelle il s'établit, — s'y fût-il créé d'importantes relations d'intérêts. — « Il faudrait, a-t il été « dit, que l'établissement formé par un Français en pays

[1] D. P., 62, 3, 77; *sic* Alauzet, n° 71, *in fine*.

[2] Rennes, 3 décembre 1834; Paris, 8 février 1645 (D. P., 35, 2, 53; 45, 4, 167); Demolombe, t. I, n° 185.

[3] La nomination d'un tuteur *ad hoc* en France, justifiée peut-être dans l'espèce jugée par le tribunal de la Seine, le 25 juin 1875 (*affaire Stein*), serait le plus souvent impossible, et la validité du domicile pris à l'étranger par le chef de famille est généralement admise. (V. *Revue*, t. II, p. 473, note 1.)

Digitized by Google

« étranger fût, en quelque sorte, incompatible avec l'esprit « de retour pour croire qu'il y eût effectivement renoncé [1]. » Quelle présomption pourrait-on en tirer à l'encontre de ceux qui « étant seulement domiciliés dans les territoires cédés », avaient reçu, du gouvernement français, par son organe officiel [2], l'assurance qu'il les considérait comme étant restés « Français de plein droit »?

Déchéances contestées et bientôt suivies d'actes réparateurs, voilà les revirements qui, se succéderont dans cette partie de la population et y rendront bien des nationalités incertaines.

N° 2. — *De l'influence du changement d'État des parents.*

« Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidants à l'étranger [3]. » Quelle que soit donc la fréquence des rapports d'affection ou d'affaires incessamment renouvelés, nos compatriotes demeurant en Alsace ou en Lorraine ne se confondront ni avec la population aborigène, ni avec celle venue d'Allemagne. Si leur état civil se modifie et se transforme, ce sera en conformité de notre Code. En épousant un sujet de l'Empire, — ne le fût-il lui-même devenu que par l'effet de l'annexion de 1871, — fille ou veuve renonce virtuellement à notre patrie. A l'inverse, un mariage contracté par un de nos expatriés avec une Allemande la rendrait Française, et cette qualité ne s'effacerait ni en elle, ni en leurs enfants, à la mort du mari [4]. Elle subsisterait en eux, lors même que celui-ci l'aurait perdue par sa faute ou s'en serait volontairement dépouillé [5].

Ces vérités élémentaires simplifient les situations. L'acte par suite duquel un chef de famille perd sa nationalité ou la recouvre lui étant *personnel*, ne peut rétroagir ni s'éten-

[1] Merlin, *Répert.*, v° Français, § 1, n° 3; *sic* Cassation, 25 janvier 1838.

[2] Note du 14 septembre 1872, insérée dans l'*Officiel*.

[3] Article 3 du Code civil.

[4] Cassation, 22 juillet 1863. Voir D. P., 64, 1, 26, et les nombreuses autorités rapportées en note.

[5] Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° Droit civil, n° 157; Duvergier sur Toullier, t. I, n° 268, Paris, 7 août 1840 (Palais, 1840, 2, 748); voir aussi Douai, 3 août 1858 (D. P., 58, 2, 218, et autorités à la note).

Digitized by Google

dre à autrui. Les droits de ceux qui étaient, d'ores et déjà, issus de lui en sont indépendants. L'article 10 du Code civil les a affirmés en ces termes : « L'enfant né d'un Français en « pays étranger est Français. » Appliqué depuis plusieurs siècles, ce principe était généralement professé. Lors même *que leur mère eût été étrangère*, « les enfants, avait-il été dit, « sont réputés *Français d'origine*, quel qu'ait été leur séjour « et celui de leur père en pays étranger[1]. »

Il n'y a rien là de conditionnel. Notre hypothèse diffère de celle où l'enfant, — comme nous le verrons ci-après[2], — reçoit une nationalité subordonnée à l'accomplissement d'obligations auxquelles celui dont il la tient doit lui-même satisfaire. Un domicilié non indigène n'en a pas à remplir et nulle forclusion ne peut dès lors l'atteindre. Il lui suffit de rester ce qu'il est en résistant aux entraînements du milieu où il vit.

Au cas où il y aurait été trop accessible, et aurait encouru la déchéance résultant des articles 17 et 21 du Code, elle produirait immédiatement ses effets et, dans l'avenir, elle s'étendrait aux enfants à naître. Quant à ceux qui existaient déjà, la rétroactivité n'aurait pas même de prétexte.

Par identité de raison et à supposer que des ex-Français vinssent à récupérer cette qualité perdue pendant leur séjour dans les provinces annexées, l'enfant né à l'époque où ils en étaient privés ne la recouvrerait pas *ipso facto* en même temps qu'eux. Seulement et de si peu que le recouvrement eût précédé la naissance, — eût-il eu lieu la veille, — l'article 10 du Code civil redeviendrait applicable. MM. Aubry et Rau l'ont exactement interprété, lorsqu'ils ont écrit ; « ..... Il est bien entendu que, si les parents avaient recou- « vré la qualité de Français avant la naissance de l'enfant, « celui-ci serait à considérer comme Français d'origine[3]. »

Telles sont les questions les plus usuelles. Il en est une autre qui en est l'appendice. Elle a tenu grande place dans

[1] A l'appui de ce principe, Denisart (*Collection de jurisprudence*, v° FRANÇAIS, n° 10) cite des arrêts des 14 août 1554, 7 septembre 1576 et 12 mai 1707. Voir dans le même sens Pothier, *Traité des personnes*, 1re partie, t. II, sect. 1re.

[2] *Infrà*, § 2, n° 2.

[3] *Droit civil français*, § 70, note 13.

Digitized by Google

les disputes de l'école; il s'agit de reconnaître à quelle patrie appartiendrait l'enfant né depuis la dénationalisation de ses père et mère, si sa conception devait, d'après les probabilités légales, être présumée avoir eu lieu antérieurement. De la règle adoptée dépendra le sort de bien des personnes. Elles seront tenues pour Françaises ou pour étrangères, suivant que telle ou telle doctrine aura prévalu.

Une distinction a été faite. Elle se maintient encore dans l'enseignement. Il est toutefois des observations communes aux deux catégories, et ce sont les plus concluantes à nos yeux.

I. Enfants légitimes. — Il y eu a fort peu de contrariétés d'opinion au sujet des enfants procréés en légitime mariage. Leur nationalité reste ce qu'elle était au moment où ils furent conçus. Il en était ainsi en droit romain : « *In his* « *qui, jure contracto matrimonio nascuntur*, écrivait Ulpien, « *conceptionis tempus spectatur, in his autem qui non legitime* « *concipiuntur. editionis*[1]. La première partie de cet axiome, que l'ancien droit français s'était approprié, a reçu de multiples applications[2], et plus récemment, elle a eu la sanction de plusieurs arrêts, même dans des espèces où elle restreignait les effets d'une législation inflexible[3].

Si des objections ont été hasardées[4] et des tempéraments proposés[5], ils n'ont pas ébranlé le principe auquel ont adhéré les autorités les plus considérables[6]. Il est désormais hors de contestations. Les difficultés pratiques dont on s'était préoccupé seront aplanies au moyen de supputations qu'autorise l'article 312 du Code civil. M. Legat en a ainsi donné le précepte et l'exemple. « On appliquera, a-t-il dit

[1] Reg., t. V, § 10. Voir aussi l. V, § 2, *De stat. hom.*

[2] Pothier, *Des personnes*, t. I, art. 4.

[3] Caen, 3 février 1813; Cass., 11 juin 1844. Des enfants *conçus* avant l'émigration ont été reconnus Français (Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° Émigré, n°s 77 et 187).

[4] Mourlon, t. I, p. 94, note 3.

[5] Richelot, t. I, n° 65, note 16; Taulier, t. I, p. 104 et 105.

[6] Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° Droit civil, n°s 69 et 148; Demolombe, t. I, n° 151; Marcadé, sur l'article 10; Aubry et Rau, § 69, note 2; Demante, t. I, p. 65; Duranton, t. I, p. 128; Alauzet, n° 29; Delvincourt, t. I, p. 22, note 4; Ortolan, *Inst. explic.*, t. I, p. 30; Légat, p. 29; Magnin, *Traité des minorités*, t. I, p. 9; Zachariæ, § 69, note 1.

Digitized by Google

« (page 29), la règle posée en cet article et l'on calculera si « le père a perdu la qualité de Français moins de trois cents « jours avant la naissance de l'enfant. Dans ce cas, l'enfant sera « Français. » C'est un expédient très-légal. Il supplée à des recherches plus conjecturales et moins sûres. Aussi est-il généralement adopté quand le mariage est antérieur de plus de trois cents jours à la naissance.

Si l'intervalle est moindre, les articles 312 et 314, consultés comme raison écrite, fourniront encore la meilleure base de solution. Nonobstant tous changements opérés dans la nationalité des époux, l'enfant sera Français, si le mari l'était lors de la célébration.

II. Enfants nés hors mariage. — L'opinion qui leur attribue la condition de la mère au jour de l'accouchement a, aujourd'hui encore, des partisans nombreux [1], et ils acceptent en son entier l'adage romain. N'en exagérons pourtant pas l'autorité. Notre législation ne paraît pas s'en être ici inspirée [2], et le droit public n'est plus ce qu'il était alors. La question est plus exactement appréciée dans le passage suivant, où M. Demolombe la formule ainsi : « Supposez « qu'une femme non mariée est enceinte et qu'elle est de- « venue étrangère à l'époque de l'accouchement. » Deux motifs déterminent la solution. « D'une part, est-t-il répondu, « l'enfant est réputé né lorsqu'il s'agit de son intérêt; or, « nous devons considérer qu'il est de son intérêt d'être Fran- « çais. D'autre part, les articles 725 et 906 lui étaient appli- « cables. Si une donation lui avait été faite, à lui simple- « ment conçu à l'époque où sa mère était Française, il au- « rait été capable de la recevoir. Comment serait-il possible « que la naturalisation postérieure de sa mère lui enlevât « une capacité que la loi aurait conférée à lui-même direc- « tement et un droit qui lui était acquis [3] ? » L'être que notre loi répute existant doit, en effet, demeurer sous sa protection et ne pas être exposé à subir un régime moins

[1] Duranton, n° 108; Demante, t. I, p. 65 et suiv.; Accarias, t. I, p. 25

[2] De nombreuses différences ont été relevées entre le droit romain et le régime sous lequel l'enfant naturel est placé par les lois modernes. Voir Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° Droit civil, n° 73; Aubry et Rau, § 69, note 4, etc.

[3] T. I, n° 151.

Digitized by Google

favorable. Cette fixité serait, à notre avis, préférable à de nébuleuses distinctions.

III. Observations communes aux deux précédentes hypothèses. — L'intérêt de l'enfant doit prédominer. Cette considération générale plane sur les appréciations dont il vient d'être fait une sommaire analyse. Elle a aussi sa source dans le droit romain, où on lisait : « *Infans conceptus « pro nato habetur quoties de ejus commodis agitur.* » (L, 7, ff., *De stat. hom.*). Les articles 725 et 906 du Code civil sont l'expression du même principe, et un État souverain s'en montre pénétré lorsqu'il reporte à une date antérieure à la naissance l'*avantage* d'être compris parmi ses nationaux. Nos jurisconsultes étaient donc fondés à dire : « Nous de- « vons considérer qu'il est de l'intérêt de l'enfant d'être « Français [1]. »

Un sentiment patriotique commun à tous les peuples a, toujours et partout, favorisé la position de regnicole. Sa transmission a été garantie, protégée ; son acquisition facilitée [2]. Cette légitime tendance se retrouve dans les institutions [3], dans les lois et dans la doctrine qui en a fait le mieux ressortir l'esprit [4].

En se plaçant à ce point de vue et sans même avoir à distinguer entre les suites du mariage et la bâtardisé [5], on aboutit à cette conclusion : « Un enfant est à considérer comme « issu de parents français par cela même que ses parents « se trouvaient revêtus de la qualité de Français, soit à l'é- « poque de la conception, soit à l'époque de la naissance, et « bien qu'ils aient perdu cette qualité dans l'intervalle qui

[1] Demolombe, *eod.* ; Aubry et Rau, 369.

[2] Sous l'ancien régime et sous celui encore en vigueur dans plusieurs États européens, tels que l'Angleterre, la Hollande, on était regnicole, soit par droit de territorialité, soit par filiation, tandis que ce dernier mode de transmission était seul admissible pour communiquer une nationalité étrangère.

[3] Voir notamment, dans les Constitutions des 3-14 septembre 1791, 24 juin 1793 et 22 août 1795, la large extension donnée aux conditions attributives de l'état de citoyen.

[4] Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° Droit civil, n° 69 ; Pothier, Denisart et Demolombe (cités *suprà*) ; Marcadé, Aubry et Rau (cités *infrà*).

[5] Marcadé, sur l'article 10, enseigne qu'il suffit que la mère ait été Française *à un instant quelconque de sa grossesse.*

Digitized by Google

« s'est écoulé entre ces deux époques ou qu'ils ne l'aient « acquise que dans cet intervalle [1]. »

Les descendants des familles « domiciliées sur le territoire cédé [2] » n'auront pas d'autres justifications à faire pour revendiquer une nationalité que notre gouvernement a expressément déclaré « n'avoir pas été atteinte par l'annexion [3] ». A travers des fluctuations presque inévitables, ce sera une sorte de présomption légale qui, invoquée par eux, contribuera souvent à sauvegarder leurs droits plus ou moins compromis.

§ II.

DES ENFANTS NÉS DURANT LA PÉRIODE D'OPTION.

Avant que la nationalité allemande ait été définitivement attribuée aux indigènes du pays démembré et dans le laps de temps limité, pendant lequel il leur était encore loisible de choisir entre elle et leur première patrie, leur sort était comme en suspens. L'instabilité de cette situation comportait des règles spéciales. Celles concernant l'état civil de l'enfant né pendant sa durée devaient nécessairement s'en ressentir aussi.

C'était une période intermédiaire. Elle a commencé le jour même où nos deux provinces ont été incorporées à l'Allemagne, — c'est-à-dire le 20 mai 1871. — Tous les enfants que, depuis lors, des Alsaciens-Lorrains ont eus en Europe, jusqu'au 1er octobre 1872 et hors d'Europe jusqu'à pareille date de l'année 1873, sont intéressés aux observations qui vont suivre. Ayant exclusivement trait aux naissances et aux faits survenus quand l'état des père et mère était encore indécis, elles ont pour objectif quelques-unes des difficultés inhérentes a une position qui fut assurément fort insolite.

Pour les bien saisir et procéder avec ordre, il convient d'apprécier séparément : 1° le cas où le chef de famille s'est

[1] Aubry et Rau, § 69, p. 230. Cette doctrine est développée par eux à la note 2, où il est enseigné que la nationalité française *constitue un droit « acquis* pour l'enfant simplement conçu aussi bien que pour l'enfant déjà « né », et à la note 3 où il est dit que « l'enfant, issu de parents étrangers « au moment de sa conception, mais devenus Français avant sa naissance, « *naît évidemment Français.* »

[2] et [3] Note officielle du 14 septembre 1872.

Digitized by Google

légalement soustrait à la naturalisation imposée ; 2° celui où il la subie.

N° 1. — *Hypothèse où les parents seraient restés Français.*

Il n'y aura pas eu d'interruption dans la jouissance de la nationalité d'origine, pourvu qu'elle ait été, à temps utile, régulièrement retenue en conformité de l'article 2 du traité du 10 mai 1871. Son texte implique clairement que l'état de Français est *conservé*,.... *maintenu*..... sans lacune. Ce n'est pas l'acquisition d'un droit nouveau, c'est la continuation de celui qui n'avait pas un seul instant cessé.

Ce caractère de continuité persistante, reconnu par la jurisprudence[1], l'a été, non moins formellement, par la loi du 19 juin 1871, quand elle a déclaré électeurs et éligibles « ceux qui ont opté ou qui *opteront* pour la nationalité fran« çaise ». Le rapport fait à l'Assemblée nationale en a donné pour raison « qu'ils étaient considérés comme n'ayant ja« mais cessé d'être Français ». « Ils rentrent en France, « a-t-il ajouté, avec tous leurs droits de citoyens qu'ils n'ont « jamais perdus[2]. »

Ils les avaient donc avant de faire option. — Eût-elle été déclarée à la dernière heure, eût-elle été retardée jusqu'au 30 septembre 1873 dans les contrées situées hors d'Europe, — elle a, réagissant sur le passé, profité aux enfants nés pendant le temps ainsi réservé, sans qu'ils aient eu aucune condition à remplir.

Cela ne comporterait pas l'ombre d'un doute. Mais que faudrait-il décider si, dans l'intervalle, les parents étaient morts; — si une mère survivante avait laissé s'éteindre en elle la nationalité que son mari prédécédé avait transmise intacte à leur enfant; — si, comme il y en a eu des exemples, le chef de la famille s'était fait naturaliser dans un autre pays?

I. Du décès des parents survenu quand le droit d'opter durait encore. — Les obligations résultant du traité de Francfort, ont, — et nous en avons déjà fait la remarque, — été imposées aux seuls indigènes *existant le* 20 *mai* 1871, date de sa mise à exécution. Si ses effets et les déchéances causées par l'inaccomplissement de ses prescriptions se sont

[1] Nancy, 31 août 1871 ; Vesoul, 19 juillet 1871 (D. P., 71, 2, 207, et 3, 69).

[2] Rapport de M. Claude (des Vosges) et adoption d'urgence le 19 juin 1871 (*Journal officiel* du 20).

Digitized by Google

étendus à la génération suivante, c'est uniquement parce qu'elle ne pouvait recevoir de ses auteurs une qualité dont ils se trouvaient dépouillés. A l'inverse, il nous faut reconnaître que ceux-ci l'ont transmise, entière et sans altération, à leur descendance, lorsqu'à leur mort ils en avaient encore pleine possession.

Cette transmission d'une qualité dont le défunt avait joui jusqu'à son dernier moment, se serait opérée au profit de ceux mêmes qui auraient alors été simplement conçus. M. Dalloz en fait l'observation : « Si le père d'un enfant « conçu meurt quelques jours après la conception, tout le « monde reconnaît que cet enfant, légitimement conçu, « nous le supposons, reste Français si son père était tel au « moment de sa mort[1]. » A plus forte raison l'affirmerons-nous si le décès est postérieur à la naissance de l'enfant. « L'état de celui-ci est devenu définitif », a dit la Cour de cassation[2], en statuant sur une espèce ayant avec la situation présente certaines analogies, car il y avait eu aussi une séparation de territoires.

II. Postérieurement au décès du père, la faculté d'option pourrait-elle périmer? — Une distinction doit être faite. Si la condition d'où dépendait la nationalité du mineur avait dû être accomplie au nom de celui-ci et pour son propre compte, par l'entremise de son légitime représentant, il n'en aurait pas été dispensé par la mort de son père, — eût-elle eu lieu *integri statu*. — Une péremption plus tard encourue par la faute de la veuve aurait certainement été en ce cas opposable à l'enfant.

Ainsi eût été justifiée la décision rendue le 17 mai 1865, par la Cour d'Aix[3], dans une affaire ayant à peine avec notre question un rapport éloigné. Ses circonstances essentielles sont analysées dans un des considérants où il est dit : « Qu'il est constant en fait qu'Ignace Caravadossy de Thoet, « père du mineur Félix, était né à Nice ; *qu'il y était décédé* « *en* 1855 ; que sa veuve, Louise Caissotti de Roubière, y « était décédée le 9 septembre 1861, sans avoir transporté « son domicile en Italie ; que dès lors la veuve Caravadossy

[1] *Jurisprudence générale*, v° Droit civil, n° 69. *Sic* Demolombe, n° 151.
[2] Cass., 13 janvier 1845. *Sic* Paris, 11 décembre 1847 (D. P., 45, 1, 89 ; 47, 2, 49).
[3] S., 65, 2, 269, et Palais, 1865, 1031.

Digitized by Google

« de Thoet avait la qualité de Française à l'époque de son « décès..... » L'annexion effectuée le 24 mars 1860 ayant trouvé *le mineur Félix* sous puissance tutélaire, l'induction légale à tirer de cet exposé de faits eût été que cet enfant était aussi *devenu Français*, à défaut d'une option dont sa mère aurait eu à prendre l'initiative en son lieu et place. Sans s'attacher à ce motif déterminant, l'arrêt a laissé se glisser une erreur de droit dans celui où nous lisons « que Félix « Caravadossy de Thoet, *vivant sous son autorité et sa tutelle* « *a suivi nécessairement la condition de sa mère.....* » C'était expliquer par une mauvaise raison une solution parfaitement juridique.

Quoi qu'il en soit, nous nous plaçons ici dans une toute autre hypothèse : ce serait celle où, dans une famille alsacienne ou lorraine, la naissance de l'enfant et le décès du père auraient eu lieu pendant le laps de temps accordé à celui-ci pour manifester son choix. Chaque fois que cette double supposition se sera réalisée, nous n'hésiterons pas à dire : L'un était Français en mourant, l'autre l'est aussi et à titre irrévocable.

Ils l'étaient tous deux, à charge par le père de déclarer, dans un certain délai, qu'il entendait conserver sa nationalité. Si la mort l'a surpris avant l'expiration de ce délai et, par conséquent, dans la plénitude de ses droits, elle a dégagé la situation de ce qu'elle avait d'instable et de provisoire ; elle a rendu définitif un état civil jusqu'alors conditionnel.

L'enfant, sur la tête duquel il se serait en même temps consolidé, le tenait du prémourant avant même que s'ouvrît la tutelle de la veuve. Soit donc qu'elle eût ou qu'elle n'eût pas usé de la faculté réservée par les conventions internationales et sans avoir à s'enquérir si cette veuve était devenue Allemande par son fait ou son inaction, la nationalité du jeune Français était indélébile et lui seul y pouvait désormais renoncer.

Il en faudrait dire autant de l'enfant naturel, né dans l'une des deux provinces depuis leur cession, s'il avait été régulièrement *reconnu* par un Alsacien ou par un Lorrain, et si celui-ci, ayant eu en ce moment encore aptitude pour opter, était mort sans l'avoir exercée et avant qu'elle ne fût tombée en péremption.

III. Une autre situation s'offre à l'examen : c'est celle de l'ENFANT QUE DES ALSACIENS-LORRAINS AURAIENT EU A CETTE

Digitized by Google

ÉPOQUE DE TRANSITION SI, PENDANT SA DURÉE ET AVANT D'ÊTRE FORCLOS, ILS S'ÉTAIENT ÉTABLIS DANS UN AUTRE ÉTAT DONT ILS SERAIENT DEVENUS CITOYENS.

Nos malheurs et les découragements qu'ils avaient produits expliquaient ces résolutions, et il y a été plusieurs fois donné suite[1]. L'avenir était menaçant et quelques-uns de nos compatriotes, qui n'auraient voulu, à aucun prix, appartenir à l'Empire allemand, ont cru trouver dans une naturalisation à l'étranger un expédient praticable.

Nous avons déjà fait observer qu'en ces occurrences des enfants, même mineurs, ne partageaient pas le sort de leurs parents. Ils n'auraient donc pas, comme ceux-ci et avec eux, changé de patrie.

Ce point admis et tenu pour incontestable, laisse cependant une question à résoudre. — Quelle est la patrie de celui dont la famille, autorisée à librement choisir entre la France et l'Allemagne, n'a pas usé de cette faculté, s'il est né lorsqu'elle subsistait encore et avant qu'un procédé empirique eût été ainsi mis en œuvre pour éluder les conséquences du traité?

Par lequel des deux États contractants cet enfant serait-il à bon droit revendiqué?

Les doutes qui s'élèveraient à cet égard seraient, ce nous semble, aisément dissipés, si l'on prenait en considération que l'enfant était Français en venant au monde. Il eût assurément cessé de l'être si son père avait, par une complète abstention, accepté la nationalité du conquérant. Cette tacite et virtuelle adhésion eût, comme toute condition, rétroagi à l'époque où l'alternative à laquelle elle se référait avait été ouverte. Mais une naturalisation ayant pour principal objectif de se procurer un asile dans un autre État souverain a une signification bien différente et ne saurait avoir mêmes résultats.

La rétroactivité est une exception. Les raisons qui l'auraient motivée dans le premier cas seraient sans force dans le second. Il faut donc revenir à la règle commune, d'après laquelle tout individu continue, jusqu'à manisfestation contraire, à être membre de la nation qui fut la sienne au jour de sa naissance.

[1] Voir *suprà*, affaire Blum, article 3, § 3, n° 2

Digitized by Google

N° 2. — *Hypothèse où les parents auraient subi le sort des provinces réunies à l'Allemagne.*

Même après l'annexion, les originaires de l'Alsace-Lorraine étaient Français à titre provisoire. Mais s'ils avaient la faculté de rendre ce titre ineffaçable en eux, il était aussi, — nous n'en disconvenons pas, — affecté d'une cause hypothétique d'extinction. L'organe du gouvernement en donne un juste aperçu en disant, dans son exposé du 20 décembre 1871 : « Leur nationalité, *provisoirement suspendue*, sera dé« finitivement périmée s'ils n'accomplissent pas, dans les « délais convenus, les formalités prescrites par les traités. »

Pour l'enfant auquel elle avait été transmise *pendente conditione*, le droit en résultant dépendait d'une éventualité assimilable à une clause résolutoire. Voilà pourquoi ce droit s'est *rétroactivement* éteint en lui quand il a été anéanti dans la personne dont il l'avait reçu.

Cette déduction, qu'autorise l'article 1179 du Code civil, est très-rigoureuse et doit être restreinte plutôt qu'étendue. En l'acceptant, non sans regret, nous avons à tenir grand compte des circonstances accessoires, et il y aurait, ici encore, une distinction à faire selon que le lieu natal ferait partie ou serait en dehors des territoires ayant changé de maître.

I. Des enfants nés en pays déja annexé. — Avoir reçu la vie de parents dont la nationalité, provisoirement suspendue, est bientôt devenue allemande et sur un sol compris dans les limites actuelles de l'Empire germanique, voilà de très-sérieux motifs pour être qualifié sujet de cet Empire. Ils paraissent même si concluants que l'on est, au premier abord, disposé à réputer inefficace toute option faite pour le compte d'un enfant dont la condition semble, en pareil cas, être inséparable de celle de ses père et mère.

Ce serait appliquer, en le restreignant *à ceux-là seuls dont la naissance aurait été postérieure à l'annexion,* le système de M. le président d'Alsace-Lorraine et le ramener à des termes qui ne soulèveraient pas les trop justes critiques auxquelles il donna prise parce qu'il s'étendait indistinctement à tous les mineurs.

Digitized by Google

Par cette exagération il avait jeté dans les esprits une confusion et des incertitudes que la circulaire du 30 mars 1872 n'a pas dissipées. Celle-ci avait aussi certains côtés défectueux; elle n'avait pas établi de différence entre les obligations à remplir pour sauvegarder l'état des enfants aborigènes, suivant qu'ils seraient nés avant ou après le démembrement. En passant cela sous silence, son rédacteur ne paraît pas avoir suffisamment apprécié combien il importait de distinguer ces deux situations.

Ces instructions incomplètes ayant laissé des doutes non éclaircis, chacun a pris ses précautions comme il l'a cru utile. On n'était pas toujours certain de leur stricte légalité, mais le sentiment général était défavorable à la domination nouvelle. Ceux mêmes qui étaient sur le point de la subir et se voyaient retenus dans les deux provinces par d'impérieux intérêts ont, en pliant sous la nécessité, cherché à l'éluder au moins pour leurs fils. Des déclarations, faites au nom de ceux-ci, et que les mairies allemandes auraient refusé de constater, l'ont été quelquefois dans celles de France.

Soit qu'il y ait eu ou qu'il n'y ait pas eu d'annulations prononcées par le gouvernement impérial, l'efficacité de pareils actes, dont se prévaudraient des enfants nés, en Lorraine ou en Alsace, de parents non encore forclos, sera, tôt ou tard, débattue devant l'administration ou les tribunaux français.

Quel sera, le cas échéant, le principal élément de solution?

A notre avis elle dépendra, le plus souvent, de la date des naissances.

1° Il suffirait qu'elles fussent antérieures au 14 mars 1872 pour que la conception fût présumée remonter au temps où les deux provinces étaient encore françaises, car le mode de supputation, enseigné par M. Légat[1] et autorisé par les articles 312 et suivants du Code civil, permet d'attribuer à la gestation une durée *maximum* de trois cents jours et de supposer l'enfant conçu avant le 20 mai 1871, date en quelque sorte officielle de le séparation des territoires[2].

[1] Voir *suprà*, art. 4, § 1, n° 2.
[2] Voir *suprà*, art. 4, p. 45 et 46.

Digitized by Google

C'est une simple possibilité, — une subtilité, pourra-t-on dire, — mais l'adage : « *Infans conceptus pro nato habetur....* » l'érige en présomption indiscutable.

Quand l'existence présumée de cet enfant aura ainsi concordé avec l'époque où sa famille était encore *française sans condition*, il restera à se préoccuper de l'exécution de celles auxquelles il s'est lui-même trouvé astreint par les stipulations de Francfort. La plus essentielle consistait en une option qui pouvait être utilement déclarée par un mandataire légal, dans les délais prescrits, au nom d'un incapable, pourvu que celui-ci eût reçu en naissant la nationalité dont il s'agissait de lui procurer ainsi le maintien.

Quiconque était venu au monde avant le 14 mars 1872 réalisait cette indispensable condition d'aptitude. Une déclaration faite dans son intérêt aura donc été régulière et valable.

2° *Quid si la naissance avait été postérieure au 14 mars 1872?*

Par une rigoureuse conséquence de ce qui vient d'être dit, une solution inverse prévaudrait si l'accouchement avait eu lieu après la date susmentionnée.

Plus de trois cents jours s'étant écoulés depuis la réunion du pays à l'Allemagne, la présomption sur laquelle reposent les articles 312 et 315 du Code ne pourrait plus être invoquée sans dépasser l'extrême limite à laquelle ils se sont arrêtés.

Originaires des territoires détachés, les père et mère auraient eu, lors de la conception, une nationalité conditionnelle et précaire. Pour faire disparaître le vice dont elle se trouvait ainsi entachée, un acte émané d'eux aurait été nécessaire. A son défaut, elle s'était effacée en lui comme en eux.

A cette situation s'appliquerait une observation, qui peut-être manquait de justesse dans l'espèce à l'occasion de laquelle M. Fœlix l'avait émise, mais qui néanmoins dérivait d'un principe vrai. Elle distinguait entre une nationalité résultant « d'un titre pur et simple » et *celle dont un père aurait seulement joui sous condition*. « Il ne pouvait, « était-il ajouté, transmettre au fils qu'une qualité également « conditionnelle : or, cette qualité a manqué et défailli[1]. »

Logiquement ce fils ne devait pas non plus être admis à remplir, pour son compte personnel et par l'entremise de

[1] *Revue française et étrangère de la législation*, 1845, p. 344.

Digitized by Google

son protecteur légal, *la condition défaillie*. Elle avait été imposée, non à lui, mais à ses parents. Ceux-ci, — par une abstention dont les effets avaient rétroagi au jour de la séparation de nos provinces, — étaient réputés avoir consenti à être Allemands à partir du démembrement accompli. La qualité de Français, sans laquelle leur enfant n'avait pas le droit d'opter, n'avait pu lui être par eux transmise puisqu'ils ne l'avaient plus au moment où ils lui avaient donné la vie.

La seule voie qui dès lors lui fût ouverte était celle spécifiée en l'article 10 du Code civil.

II. Des enfants nés hors du territoire cédé. — Des Alsaciens-Lorrains, dont la nationalité était encore indécise, mais qui ne se résignaient pas aux sacrifices d'une émigration définitive et aux graves préjudices en résultant, étaient assez naturellement portés à recourir à des expédients pour procurer à leur enfant prêt à naître le titre auquel ils allaient bientôt, et à grand regret, renoncer pour eux-mêmes. Par suite de dispositions prises en cette prévision ou de circonstances fortuites, un certain nombre d'accouchements ont eu lieu hors du pays annexé.

Quelque autre part qu'il eût reçu le jour et pourvu que ce fût avant le 14 mars 1872, le nouveau-né appartenait à la France. Par application des règles ou fictions de droit exposées ci-dessus, il était réputé conçu avant le changement de souveraineté. Il n'en fallait pas davantage.

Il n'aurait même pas, comme dans la supposition précédente, à rapporter la preuve d'une option régulièrement faite. Elle eût été tout à fait inutile puisqu'il n'était pas natif de l'une des provinces démembrées. Ses père et mère n'étaient pas tenus et ils n'auraient pas même été admis à remplir pour lui une formalité sans objet. C'eût été une pure surperfétation. Quant à la péremption dont ils auraient été personnellement atteints, elle n'influait en rien sur son sort, qui n'était pas lié au leur et demeurait indépendant de toutes modifications apportées à leur état civil.

A l'égard des enfants nés depuis le 14 mars 1872, il en serait tout autrement. Sans que leur lieu natal dût être pris en considération, ils ont suivi la condition de leurs parents. Français comme eux quand cette qualité leur était conservée, ils étaient, lorsque ceux-ci l'avaient perdue, dénationalisés et Allemands avec eux.

Digitized by Google

Ils ont pourtant, même en cette dernière hypothèse, un double titre au bienfait de la loi. Leur naissance sur un sol demeuré français et le sang qui coule en leurs veines leur donne, suivant l'expression d'un jurisconsulte, le droit de se prévaloir à leur choix, soit du bénéfice de l'article 9, soit de celui du second alinéa de l'article 10[1]. Leur application simultanée ou distincte ne rencontre, en ce cas, aucune des objections qui, dans d'autres situations, ont été ou seront soulevées.

Elles vont faire l'objet du paragraphe suivant.

§ III.

DE L'APLLICATION DE L'ARTICLE 9 DU CODE CIVIL ET DES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES QUI S'Y RÉFÈRENT.

Après la période d'option, l'état de chaque famille étant désormais fixé, on est revenu au principe le plus conforme au droit naturel et des gens : c'est celui qu'un savant professeur a caractérisé par cette brève locution : « La filiation constitue la patrie[2] ». Chacun des habitants des provinces séparées a, depuis lors, communiqué à ses enfants ou descendants la nationalité que les événements et son propre choix lui ont faite.

Quiconque a rempli les obligations ayant sauvegardé en lui l'état de Français, le transmet sans altération, comme i l'avait lui-même reçu de ses parents, aux fils et filles qui viendraient à naître de lui, fût-ce même en pays annexé. — Faute d'avoir régulièrement manifesté son choix, l'Alsacien-Lorrain fait souche d'Allemands. Cette qualité s'imprimera dorénavant à tous ceux qui seront issus de lui. Elle sera imposée même à ceux d'entre eux qui naîtraient dans la France actuelle, sauf à user des droits résultant des articles 9 et 10 du Code civil et de la législation qui en a été le complément.

[1] Suivant M. Légat (p. 8), l'enfant d'un ex-Français est Français s'il est né en France. D'autres jurisconsultes le confondent dans la catégorie à laquelle s'applique l'article 9 (*sic* Coin-Delisle, n° 16; Mourlon, p. 98). Tenant le milieu entre ces deux opinions, celle que nous exprimons ici est enseignée par Demolombe, 1, n° 166; Aubry et Rau, § 70, p. 241; Duranton, 1, n° 127; Taulier, 1, p. 104; Serrigny, 1, p. 148; Richelot, 1, n° 68; Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° DROIT CIVIL, n° 146. — Pour ce qui concerne l'application de l'article 10, voir 1re partie, § 3.

[2] Demante, t. I, p. 65.

Digitized by Google

Bien qu'ayant eu plus spécialement en vue l'étranger d'origine, elle s'applique également à celui qui l'est devenu par l'effet d'actes internationaux ayant consommé la conquête. Nonobstant la diversité des situations, mêmes règles seront à peu près observées. Elles le seront très-fréquemment et dans des conditions sur lesquelles il semble à propos d'appeler ici l'attention.

D'une part, il y avait beaucoup de familles étrangères sur le territoire démembré. Cela est remarqué en tout pays avoisinant une frontière. Un rapport fait au Corps législatif, le 30 décembre 1850, contenait à cet égard d'intéressants aperçus. « Depuis un demi-siècle, y était-il dit, les familles « des étrangers se sont tellement multipliées en France qu'il « y a, *sur nos frontières*, des villages où elles forment « le dixième de la population [1]. » Ce nombre allant toujours croissant, de plus récentes statistiques ont été consultées lors de l'élaboration de la loi du 16 décembre 1874, et ce rapprochement assez curieux en est ressorti : « Sur « tout le territoire français, tandis que le chiffre de la « population d'origine indigène est resté à peu près station- « naire de 1851 a 1866, la population étrangère a presque « doublé dans la même période. Elle s'est élevée de 379,000 « à 635,000 individus [2]. »

Les intérêts et les multiples causes d'attraction qui ont fait affluer tant d'étrangers sur notre sol, détermineront une grande partie de ceux qui habitaient la Lorraine ou l'Alsace à se transporter avec leurs familles dans nos départements limitrophes. Toute appréciation se rapportant à leur état civil aura, pendant longtemps encore, une véritable actualité.

D'autre part, de jeunes Français, privés de cette qualité pour n'avoir pas rempli les conditions stipulées en 1871, soutiendront qu'étant réduits à l'état d'extranéité, il leur appartient d'exercer, comme tout étranger, les droits ayant leur source dans l'article 9 du Code et dans les dispositions complémentaires. En thèse générale, personne ne le conteste et ne refuse, d'une manière absolue d'en faire application à ceux dont le changement d'état a eu pour cause les vicissi-

[1] Rapport de M. Benoît-Champy sur la loi qui fut votée le 7 février 1851.
[2] Exposé des motifs de la loi votée le 16 décembre 1874.

Digitized by Google

tudes de la guerre ou des accords diplomatiques. Les seules difficultés à prévoir concerneront des naissances ayant eu lieu dans des localités alors françaises et qui malheureusement ne le sont plus.

Les questions s'y rapportant intéresseront ces étrangers d'ancienne ou de récente date.

N° 1. — *Des étrangers d'origine qui seraient eux-mêmes ou dont les parents seraient nés en Alsace-Lorraine avant le changement de souveraineté.*

Pour être reconnu Français, un étranger a trois justifications à fournir. Elles sont ainsi déterminées en l'article 9 du Code civil : « Tout individu né en France d'un étranger « pourra, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, « réclamer la qualité de Français, pourvu que, dans le cas « où il résiderait en France, il déclare que son intention « est d'y fixer son domicile, et que, dans le cas où il réside- « rait en pays étranger, il fasse sa soumission de fixer en « France son domicile et qu'il l'y établisse dans l'année à « compter de l'acte de soumission. »

Un juste sentiment de dignité nationale a exigé une triple garantie : — naissance en France ; — soumission d'y résider accompagnant une réclamation expresse ; — domicile irrévocablement fixé sur le territoire français.

Il faut, sans aucun doute, que ce territoire soit compris dans nos limites actuelles. Résultant d'un texte impératif, cette obligation ressort aussi d'explications où son esprit était clairement révélé. « Les bienfaits de la loi civile, avait « dit le tribun Gary[1], ne sont dus qu'à ceux qui se sou- « mettent aux charges publiques et dont la patrie peut, à « chaque instant, réclamer les secours et l'appui. C'est un « devoir pour quiconque est adopté par la loi d'un pays de « se montrer digne de cette faveur et *d'associer sa destinée* « *à celle de sa patrie adoptive en y établissant sa résidence.* »

Cette translation effectuée, celui qui s'y sera soumis pourra-t-il, sans avoir autrement à se préoccuper du démembrement survenu, revendiquer les droits dont, en naissant, il a reçu le germe ? ou, au contraire, ces droits sont-ils anéanti

[1] Séance du 27 ventôse an XI.

Digitized by Google

et l'acte politique ayant opéré un remaniement de frontières a-t-il, par cela seul, fait table rase du passé ? — Il y aura, à cet égard, matière à discussion en deux hypothèses savoir :

Lorsque des étrangers nés en Lorraine ou en Alsace, avant le 20 mai 1871, et ayant depuis lors atteint leur majorité, *réclameront* le bénéfice de l'article 9 du Code civil ;

Lorsque étant nés plus tard, dans une localité restée française, ils se prévaudront de ce que leurs parents étaient venus au monde dons l'une des deux provinces avant leur réunion à l'Allemagne.

I. Enfants nés avant l'annexion. — La première des trois conditions attributives de nationalité est réalisée par celui dont la naissance a eu lieu sur un sol français, ses parents s'y fussent-ils fortuitement trouvés. Les discours et rapports ayant exposé, au Corps législatif, le caractère et le but de la disposition soumise à son vote, attribuaient ce résultat « au « heureux hasard qui ferait naître, sur notre territoire, des « enfants étrangers [1]. » Un droit imparfait leur est dès ce moment acquis. Il ne dépend plus des événements ultérieurs.

Effectivement l'attache ainsi formée ne l'est pas avec une localité, une ville, un département, une province : elle l'est avec le corps de nation tout entier. On l'entendait ainsi à l'époque même où subsistait l'autonomie provinciale. Aujourd'hui qu'il n'en reste plus trace, cette vérité est d'autant plus manifeste; car une organisation politique où, comme on l'a écrit avec raison, « toutes les subdivisions territoriales « se fondent dans un même ensemble indivisible [2], » ne comporte pas d'*indigénat spécial.*

Quelle est d'ailleurs la nature du droit qui, s'étant ouvert au profit de l'enfant d'un étranger, est encore incomplet et subordonné à l'accomplissement d'autres conditions? — M. Merlin en a donné une exacte définition en disant : « L'enfant né en France d'un étranger est *habile à deve-*

[1] Discours de l'orateur du Tribunat. L'exposé des motifs par les conseillers d'État Treilhard et Regnaud (de Saint-Jean d'Angély) exprimait la même idée.

[2] Des distinctions fort justes, indiquées par M. Paul Cauwez, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris (Recueil de Sirey-Devilleneuve, 1875, 2, 225) peuvent être utilement consultées, bien qu'elles se rapportent à une autre hypothèse.

Digitized by Google

« *nir Français*, ou plutôt il est déjà, s'il est permis de le « dire, *un Français commencé*[1]. » On ne saurait mieux caractériser une faculté, *une aptitude* qui, dérivant du *jus soli*, s'est pourtant *attachée à la personne*. Elle lui est inhérente et continue à l'être après la cession du territoire où elle avait été primitivement acquise.

Ces situations, mélangées de nationalité française et d'extranéité, étaient d'un assez mince intérêt comparativement à celles dont les négociateurs du traité franco-allemand se préoccupaient. N'ayant rien stipulé à leur sujet, ils les ont laissées régies par le Code civil et ses dispositions sont les seules auxquelles nous ayons à nous conformer.

Si le droit qu'il a reconnu a pour première cause « le hasard de la naissance[2] », il se justifie plus encore par l'attachement dont l'étranger fait preuve en venant habiter sa patrie adoptive. Or il lui en donne un témoignage certain quand il quitte, pour lui appartenir, le lieu où s'est passée sa première enfance et qui est tombé au pouvoir d'une autre nation.

II. Enfants nés en France, de parents étrangers, dont la naissance, antérieure a la cession, aurait eu lieu, soit en Alsace, soit en Lorraine. — Lorsque deux générations d'étrangers ont vu le jour sur une terre française, leur situation légale acquiert un caractère de fixité dont les rédacteurs du Code civil n'avaient peut-être pas suffisamment tenu compte. Deux législatures, à vingt-quatre ans d'intervalle, se sont attachées à combler cette lacune que l'expérience leur avait révélée. Elles ont concilié un progrès nécessaire avec d'immuables principes de droit public et avec les ménagements commandés par la réciprocité internationale.

La loi du 16 décembre 1874, suivant la voie tracée par celle du 7 février 1851, a ainsi réglementé l'état civil, objet de ces justes sollicitudes : « Article 1er. Est Français tout indi- « vidu né en France d'un étranger qui lui-même y est né, à « moins que, dans l'année qui suivra l'époque de sa majo- « rité, telle qu'elle est fixée par la loi française, il ne ré- « clame la qualité d'étranger par une déclaration faite, soit « devant l'autorité municipale du lieu de sa résidence, soit

[1] *Répertoire*, v° Légitimité, section IV, § 3, n° 3, p. 671 (5e édition).
[2] Discours et rapports mentionnés en la note précédente.

Digitized by Google

« devant les agents diplomatiques et consulaires de France à « l'étranger et qu'il ne justifie avoir conservé sa nationalité « d'origine par une attestation en due forme de son gouver- « nement, laquelle demeurera annexée à la déclaration. « — Cette déclaration pourra être faite par procuration spé- « ciale et authentique. »

Notre organisation militaire est en harmonie avec la pensée bienveillante dont s'est inspiré cet article emprunté presqu'en entier à la loi du 7 février 1851. Celle du 27 juillet 1872 surseoit, dans ce but, au recrutement des jeunes gens *déclarés Français* par la disposition précitée et les appelle seulement à concourir « au tirage qui suit l'année de leur « majorité s'ils n'ont pas réclamé leur qualité d'étranger[1]... » C'est retarder de deux années leur entrée au régiment sans exiger d'eux comme équivalent aucune prolongation de service.

Ces avantages leur sont communs avec d'autres fils d'étrangers dont l'état demeure en suspens : « Les uns et les autres, « est-il ajouté, ne sont assujettis qu'aux obligations de service « de la classe à laquelle ils appartiennent par leur âge[2]. » Mais sous d'autres rapports, il a été établi, entre catégories plus ou moins favorisées, des différences, en raison desquelles il importe, au plus haut point, de savoir si l'homme ayant reçu la vie en Alsace ou en Lorraine, avant leur séparation, est légalement réputé être *né en France*.

Des devoirs incombent et des droits corrélatifs appartiennent à ceux qui, suivant les explications données à l'Assemblée nationale au cours de la discussion de la loi du 16 décembre 1874, « ont derrière eux deux faits de naissance en « France[3] ». Eux seuls bénéficient d'une heureuse innovation introduite par l'article 2 de cette dernière loi où il est écrit : « Les jeunes gens auxquels s'applique l'article pré- « cédent peuvent, soit s'engager volontairement dans les « armées de terre et de mer, soit contracter l'engagement « conditionnel d'un an conformément à la loi du 27 juil- « let 1872, titre IV, troisième section, soit entrer dans les « écoles du gouvernement à l'âge fixé par les lois et règle- « ments, en déclarant qu'ils renoncent à réclamer la qualité

[1] et [2] Article 9 de la loi du 27 juillet 1872.

[3] Observations de M. Albert Desjardins, rapporteur de la commission.

Digitized by Google

« d'étrangers dans l'année qui suivra leur majorité. Cette dé-
« claration ne peut être faite qu'avec le consentement exprès
« et spécial du père ou, à défaut du père, de la mère, ou, à
« défaut de père et de mère, qu'avec l'autorisation du conseil
« de famille. Elle ne doit être reçue qu'après les examens
« d'admission et s'ils sont favorables. »

Notre législation s'est ainsi très-sensiblement améliorée; mais, — ses auteurs l'ont plusieurs fois déclaré, — elle exige et suppose « dans la même famille un double fait de « naissance, sur le territoire français, aux deux degrés de « génération[1]. »

Cette condition *sine qua non* ferait défaut si, dans l'hypothèse ici posée, le père, né dans un pays alors français et plus tard détaché, n'était pas compris dans la supputation des deux générations consécutives. Il serait interdit à son fils de devancer l'appel de sa classe, de contracter dans notre armée un engagement volontaire ou conditionnel et de mitiger ainsi les exigences du régime en vigueur. Exclu des écoles, « destinées à former des serviteurs à l'État[2] » et à les préparer aux carrières militaires et civiles les plus ambitionnées, il ne lui serait pas permis de se présenter aux concours y donnant accès et il n'aurait aucun moyen de lever, à temps opportun, ces rigoureuses prohibitions[3].

Important par ses résultats, le point de droit, qui va s'offrir à la discussion, n'a pas, à nos yeux, de difficultés réelles. Pour apprécier sous quelle souveraineté quelqu'un est né, c'est à cet instant même et à ce seul instant qu'il faut s'arrêter, quoi qu'il ait pu depuis lors advenir. Ce principe admis, on ne saurait se refuser à faire entrer en compte, comme rentrant dans les prévisions des lois de 1851 et 1874, une naissance survenue dans un département qui plus tard nous a été ravi par la force des armes.

Il est ainsi littéralement satisfait aux prescriptions légales et leur esprit n'est pas moins sainement interprété, car si « deux faits de naissance en France[4] » sont un double symp-

[1] et [4] *Ibid.*

[2] et [3] Cassation, 31 décembre 1860; Paris, 14 juillet 1856 et 30 juin 1859; Demolombe, Aubry et Rau, Demangeat, Valette, etc. Voir *suprà*, p. 465, notes 1, 2 et 3. Voir aussi les instructions ministérielles du 5 janvier 1876, concernant l'admission à l'École spéciale militaire.

Digitized by Google

tôme des sympathies entretenues dans une famille étrangère, elles sont mieux démontrées encore lorsque cette famille, après une guerre néfaste, a suivi notre fortune en se fixant sur notre territoire appauvri et amoindri.

N° 2. — *Des enfants d'Alsaciens-Lorrains, auxquels s'appliqueront l'article 9 du Code civil et la législation qui l'a complété.*

Il ne saurait être question de revenir, par une voie détournée, à une réserve que les plénipotentiaires français avaient proposée, à Francfort, en faveur des mineurs, « de « manière, avait-il été dit, à garantir la liberté de leur choix « dans l'année qui suivrait leur majorité [1] ». Cette proposition, faite et repoussée lors des conférences de 1871, eût prorogé, dans une très-large mesure, le délai durant lequel toute obligation inhérente à la nationalité allemande eût été suspendue. L'incident fut clos par le refus d'insérer une stipulation entraînant de telles conséquences; mais, pendant cet échange d'observations, rien n'avait été dit qui impliquât dérogation aux lois particulières des Etats contractants.

Chacun d'eux a donc conservé les siennes et nos tribunaux ne devront pas se faire scrupule d'y rechercher des éléments de décision. Quelques-uns sont concluants et ne comportent pas le plus léger doute; d'autres suscitent ou susciteront des objections très-sérieuses.

I. Droits incontestés. — Les enfants, que des Alsaciens-Lorrains devenus sujets de l'Empire allemand auront eu depuis lors en France, bénéficieront cumulativement des articles 9 et 10 du Code civil. S'ils sont nés autre part, cette dernière disposition leur sera seule applicable.

C'est l'exercice d'une double faculté justement qualifiée *bienfait de la loi*. Elle n'est subordonnée à aucune autorisation gouvernementale ou administrative. « L'assentiment du gou- « vernement, est-il enseigné, ni aucune décision émanée de « lui par conséquent, n'est nécessaire dans les cas prévus par « les articles 9 et 10; et, en fait, ces articles n'ont jamais été « entendus ni appliqués autrement par l'administration [2]. »

[1] Exposé des motifs de la loi ratificative du 9 janvier 1872.

[2] Alauzet, n° 32; *sic* solution du ministère de la justice du 13 juillet 1844.

Digitized by Google

La grande majorité des jurisconsultes s'est ainsi prononcée [1], et la jurisprudence est invariablement fixée dans le même sens [2].

Les droits dérivant de l'article 9 ont été indéfiniment prorogés, par la loi du 22 mars 1849, au profit de ceux qui, par erreur ou autrement, auront été, sans protestation, incorporés dans notre armée. L'eussent-ils été dans la légion étrangère [3], ils jouiraient de ce délai illimité. Pendant toute leur vie ils auraient ainsi à leur disposition un titre en possession duquel ils entreraient aussitôt qu'ils en manifesteraient la volonté. Par l'effet de cette simple manifestation, ils seraient, comme l'a dit la Cour de cassation, « assimilés par la loi à « l'enfant né d'un Français, réputés Français et dispensés par « conséquent de demander et d'obtenir la naturalisation [4] ».

La réintégration autorisée par l'article 18 du Code civil ne procure pas, à beaucoup près, des avantages équivalents. La nationalité ainsi récupérée l'est seulement pour l'exercice des droits ouverts depuis son obtention [5], et elle dépend d'une décision du chef de l'État [6]. On comprendrait dès lors qu'en bien des cas, nos anciens compatriotes préférassent la recouvrer, *proprio motu*, sans intervention gouvernementale, en usant du précieux privilége de naissance en vertu duquel il

[1] Les seuls dissidents étaient Guichard, *Traité du droit civil*, n° 72, et Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° Droit civil, n° 149. Leurs objections, motivées sur quelques opinions émises pendant les travaux préparatoires du Code et sur l'article 2 de la loi du 21 mars 1832, n'ont pas ébranlé la majorité formée par Demolombe, 1, n° 171 ; Zachariæ, Aubry et Rau, § 70, note 9; Merlin, *Répertoire*, v° Français, § 1, n° 4; Fœlix, n° 41; Coin-Delisle, n° 14; Serrigny, n° 145; Richelot, 1, n° 68; Delaporte (*Pandectes*, t. II, p. 117); Alauzet, n° 32; Beudant (*De la naturalisation*, n° 3); Gallard, *Moniteur des tribunaux*, 22 février 1867.

[2] Cassation, 30 mai 1839 (Dalloz, *eod.*, p. 60, note); 19 août 1844; 28 avril 1851 (D. P., 44, 1, 335; 51, 1, 174); Paris, 11 décembre 1847 (D. P., 48, 2, 49).

[3] Alauzet, n° 27.

[4] Cassation, 28 avril 1851, *loc. cit.*

[5] L'article 20 du Code civil refuse expressément à l'article 18 tout effet rétroactif, tandis que la jurisprudence, résolvant une question qui partage encore la doctrine, a péremptoirement reconnu la rétroactivité des droits résultant de l'accomplissement des conditions spécifiées en l'article 9 du même Code. Cassation, 18 juillet 1848; Paris, 11 décembre 1847 (D. P., 48, 1, 129 et 49.)

[6] Article 20 du Code civil.

Digitized by Google

leur suffirait de faire, à la mairie de la commune où ils prendraient domicile, une *soumission* et un dire dont la constatation ne pourrait être ni refusée ni retardée.

Ces deux modes de procéder fort distincts existent-ils parallèlement et notre loi les a-t-elle coordonnés sans les confondre? — S'il en était ainsi, chacun d'eux aurait une utilité réelle. — En dehors des limites d'âge et à défaut de faits ou de services militaires qui lui permissent de les outre-passer, celui qui a été Français et ne l'est plus pourrait encore le redevenir par la mesure essentiellement gracieuse dont il s'agit en l'article 18. Ce serait même celle à laquelle nos frères d'Alsace-Lorraine auraient le plus souvent recours, si surtout ils y étaient admis en état de minorité comme nous croyons qu'ils devraient l'être[1]. — Ils pourraient aussi, *mais dans les conditions restrictivement déterminées par l'article* 9 *du Code et par la loi de* 1849, revendiquer un droit indépendant de toute adhésion de l'autorité. Comme il leur appartiendrait en propre, ils en useraient à leur gré, et cette prise de possession serait immédiate, instantanée. Les contestations dont elle serait l'objet ressortiraient de la justice ordinaire[2].

A ce sujet, toutefois, seront soulevées des questions de solution assez difficile.

II. En quels cas se rencontrent des raisons de douter. — L'équité voudrait qu'un mineur, ayant perdu la qualité de Français par la faute de son représentant légal, eût les plus grandes facilités pour la recouvrer. — Plus sympathique encore serait la position de celui qui se serait engagé dans la légion étrangère[3] ou aurait, par suite de toute autre

[1] L'application de l'article 18 du Code civil aux mineurs a été précédemment traitée, t. IV, p. 464 et suiv.

[2] La compétence des *tribunaux civils* résulte virtuellement de la jurisprudence citée *suprà*. Elle a été expressément reconnue, à l'exclusion de toute autre juridiction par arrêts de cassation des 1er septembre 1842 et 15 avril 1843, et de Douai, 17 janvier 1848; *sic* ordonnance du Conseil d'État du 26 juillet 1855 (D. P., 43, 4, 99; 48, 2, 164; 56, 3, 14).

[3] A la différence des autres corps de l'armée française où l'engagé volontaire, âgé de moins de vingt ans, doit « justifier du consentement de « ses père, mère ou tuteur » (lois du 21 mars 1832, art. 32, et du 27 juillet 1872, art. 46), il est, à dix-huit ans, admis, sans être tenu à cette preuve, dans la légion ou les régiments étrangers (ord. 10 mars 1831).

Digitized by Google

circonstance, servi sous nos drapeaux. A ce titre, un fils d'étranger aurait été fondé, s'il était né sur notre territoire, à s'approprier, quand bon lui semblerait, la nationalité française, par sa seule initiative et de sa propre autorité. Une distinction dont résulteraient de moindres droits pour l'ex-Français ayant manifesté, de la même façon, l'attachement qu'il conserve à son ancienne patrie aurait quelque chose de vraiment anormal. — Si, dans les deux hypothèses qui viennent d'être indiquées pour exemple, ces droits n'avaient pas été exercés au premier degré de génération, ils sembleraient devoir, au second degré, contribuer à fixer le sort d'enfants nés dans la France actuelle, en leur procurant le bénéfice des lois des 7 février 1851 et 16 décembre 1874.

Ce sont assurément des considérations très-favorables; mais il peut en être opposé d'autres également propres à faire impression et dont nous ne méconnaissons pas non plus la valeur. Interprétant, *stricto sensu*, l'article 9 du Code civil, elles le tiendraient pour inapplicable et écarteraient par conséquent toute la législation subséquente qui a avec lui une étroite corrélation.

Deux motifs en seraient donnés :

D'une part, cet article désigne expressément « tout individu né en France d'un étranger » et ne comprend pas dans ses prévisions celui qui, dès son entrée dans la vie, était Français par filiation ;

D'autre part, le lieu natal ne fait plus partie intégrante du territoire français.

III. Doctrine. — Quelque grave que soit la première objection, motivée sur un texte fort clair, l'enseignement tend à adopter une interprétation plus libérale. « La loi du « 7 février 1851, écrit M. Accarias, a modifié tout aussi bien « l'article 10 que l'article 9. L'enfant né en France d'un « *ex-Français* qui lui-même y est né, est aujourd'hui de plein « droit Français, sauf à lui à réclamer, s'il le veut, la natio- « nalité étrangère dans l'année de sa majorité [1]. » Cette opinion est généralement acceptée : « La disposition (en « vigueur depuis 1851), fait observer M. Mourlon, s'applique « *évidemment* aussi bien à l'enfant né *d'un ci-devant Français*

[1] T. I, p. 50.

Digitized by Google

« qu'à celui né *d'un étranger proprement dit*. La loi, en effet, « ne distingue pas. On peut même dire qu'il existe un « *à fortiori* en faveur de l'enfant du ci-devant Français[1]... » C'est une théorie fort rationnelle. Il reste à apprécier comment elle a été mise en pratique.

IV. Jurisprudence. — La Cour de cassation ayant eu à se prononcer, les 9 juillet 1844[2] et 7 mai 1849[3], sur l'état civil d'un Savoisien et sur celui d'un Prussien, nés tous deux *au temps où leurs parents étaient citoyens français* par l'effet de traités ayant réuni leur pays au nôtre, avait jugé qu'après la rétrocession de 1814, chacun d'eux « aurait pu devenir « Français en se conformant, dans l'année de sa majorité, « aux dispositions de l'article 9 du Code civil[4] ».

Plusieurs Cours d'appel ont, dans des circonstances identiques, reconnu cet article 9 applicable. Qu'il nous suffise de rappeler, en ce sens, un arrêt de Grenoble du 18 février 1831 et deux arrêts, émanés de la Cour de Douai, les 16 novembre 1829 et 17 janvier 1848[5]. Cette dernière (statuant, le 18 décembre 1854, sur une contestation engagée au sujet d'un individu né en France le 29 décembre 1833, et dont le père, issu d'une famille belge, mais né le 27 ventôse an V, était alors un de nos nationaux)[6] a vu, dans ce double fait de naissance, l'accomplissement des conditions déterminées par la loi du 7 février 1851 : « Attendu, a-t-elle dit, qu'elle « est claire et précise et qu'elle ne distingue pas entre les « positions diverses qui peuvent appartenir à ceux qu'elle « embrasse dans la généralité de ses termes[7]. »

Ces décisions, concordantes entre elles, semblent l'être un peu moins avec celle qu'a rendue la Cour de Paris le 29 juil-

[1] T. I, p. 99. Voir aussi Consultation, *Revue pratique*, t. V, p. 256.

[2] D. P., 44, 1, 307.

[3] Rendu dans une espèce où un Prussien, devenu temporairement Français, n'avait pas conservé cette qualité, conformément à la loi du 14 octobre 1814, cet arrêt énonce (dans ses motifs) que son fils né en France aurait pu « devenir Français en faisant la déclaration prescrite par l'article 9 du « Code civil et par la loi du 22 mars 1849 » (D. P., 49, 1, 131).

[4] Motifs de l'arrêt du 9 juillet 1844.

[5] D. P., 48, 2, 164.

[6] La Belgique avait été réunie à la France par décret du 9 vendémiaire an IV.

[7] Sirey, 55, 2, 263.

Digitized by Google

let 1872[1]. Il s'agissait, dans cette dernière affaire, de la fille d'un sieur Morand, sujet sarde. Elle était née en 1844, dans le département de la Seine, et l'on prétendait lui appliquer la loi du 7 février 1851, parce que son père était né le 2 floréal an VIII, à Mégève, alors département du Mont-Blanc[2]. L'arrêt intervenu juge, au contraire, « ... qu'on ne peut retenir « du fait de la naissance de Morand qu'il est né en France, « *puisqu'il est né dans le pays dont la nationalité lui a toujours* « *été reconnue;* — Que la loi de 1851 ne s'applique qu'à la « personne dont le père étranger serait né, non pas dans un « pays *momentanément réuni à la France pour en être bientôt* « *détaché*, mais dans la partie du territoire français qui au- « rait pu conserver la nationalité française à ses habitants; « que c'est ainsi que l'on doit comprendre la volonté du « législateur, *en présence des termes de la loi de* 1814, qui im- « pose aux anciens annexés des conditions analogues à celles « des étrangers pour devenir Français. »

L'apparente contradiction, que l'on croira peut-être trouver entre ce dernier arrêt et les six autres, disparaît, si on les explique par la législation et les actes diplomatiques qui réputaient non avenu tout aggrandissement de la France effectué de 1791 à 1814. Cette fiction étant prise pour règle, les Savoisiens, le Prussien, et les Belges, dont l'état était mis en discussion lors des procès jugés les 16 novembre 1829, 18 février 1831, 9 juillet 1844, 17 janvier 1848, 7 mai 1849 et 18 décembre 1854, étaient légalement considérés comme ayant été, *dès leur naissance*, fils d'étrangers. — Dans le même ordre d'idées, le département du Mont-Blanc[3], où était né le sieur Morand, dont les héritiers plaidaient en 1872, était supposé n'avoir jamais fait partie de la République ni de l'Empire français.

Ce qu'il y a surtout à retenir de cette jurisprudence, inspirée par la loi du 14 octobre 1814 actuellement abrogée et par les conventions internationales alors en vigueur, c'est une tendance continue à faire prévaloir l'esprit sur la lettre.

Insistant plus spécialement sur l'arrêt du 29 juillet 1872,

[1] D. P., 72, 2, 223.

[2] et [3] Le département du Mont-Blanc était compris dans le territoire français depuis le 27 novembre 1792, date du décret ayant accepté l'annexion de la Savoie, votée par les Assemblées communales.

Digitized by Google

— le seul dont il puisse être tiré argument à l'appui de la seconde objection par nous prévue, — observons qu'il a trait à une naissance ayant eu lieu « dans un pays *momen-* « *tanément* réuni à la France, pour en être *bientôt* détaché. » Historiquement exacte, cette appréciation contribue à faire ressortir combien la situation présente diffère de celle à la suite de laquelle s'était engagée la question d'état jugée par la Cour de Paris.

IV. ÉCONOMIE GÉNÉRALE DE LA LOI. — Si, à défaut d'autorités bien explicites et de suffisantes analogies, nous nous attachons aux intentions du législateur plutôt qu'au sens littéral de ses termes, nous reconnaîtrons que, lors de l'élaboration du Code de 1803, il a voulu rendre notre nationalité accessible à ceux qui, nés dans un milieu où ils seraient prédisposés à aimer la France, et généreusement adoptés par elle, joindraient à la *soumission* de s'y fixer une résidence effective.— En 1851 et 1874, d'autres combinaisons ont été le développement de cette pensée première et ont eu même point de départ. Elles tirent induction de naissances géminées sur notre sol pour supposer un patriotique attachement. Elles élèvent au rang de nos compatriotes ceux qui, comme l'avait fait observer un rapport du 30 décembre 1850, « sont Français, « de fait et d'intention, par les affections, les mœurs et les « habitudes[1] ».

Il n'est personne à qui cette derniére remarque s'applique aussi sûrement qu'à l'Alsacien-Lorrain. Voilà pourquoi nous inclinerions à lui reconnaître des aptitudes égales à celles dont userait tout fils d'étranger ayant reçu le jour dans les mêmes provinces avant leur séparation. Plus que celui-ci il aurait puisé, dans les souvenirs du premier âge, de pieuses traditions et un sincère dévouement à la patrie de ses ancêtres.

C'est peut-être donner extension à la loi, mais son vœu, d'accord avec la maxime *favores ampliandi*, le permet, le suggère et le justifie. ROBINET DE CLÉRY.

[1] Rapport de M. Benoit-Champy sur la loi qui fut votée le 7 février 1851 (*Moniteur* du 6 janvier 1851).

Digitized by Google

DE L'ADMINISTRATION DES SOCIÉTÉS ANONYMES,

Par A. Vavassaur, avocat à la Cour d'appel.

Dans un précédent article [1], nous avons examiné diverses questions relatives au mode de nomination des administrateurs de sociétés anonymes, à la durée de leurs fonctions; nous avons montré, à côté et au-dessous des administrateurs, des préposés, qualifiés directeurs, simples subordonnés, et cependant irrévocables alors que leurs supérieurs ne le sont pas; puis, entrant plus avant dans l'organisation administrative de la société anonyme, nous avons vu que le pouvoir y était exercé par délégation comme dans les grandes sociétés politiques, et nous avons indiqué les formes diverses que cette délégation peut revêtir, ainsi que les conditions auxquelles elle est soumise.

Nous continuons le même sujet en déterminant aujourd'hui quelles sont les attributions des administrateurs; et conformément à la méthode que déjà nous avons pratiquée, nous indiquerons de suite, comme le ferait une table sommaire des matières, les divers points à traiter dans cette étude :

1. Vérification de la constitution régulière de la société.
2. La vérification doit être sérieuse et complète.
3. Publication légale de la société et des actes modificatifs.
4. Réunions périodiques du conseil d'administration.
5. Division du travail. Absences.
6. Un administrateur ne peut se fare remplacer par un tiers.
7. Le conseil délibère à la majorité des voix.
8. Communications diverses à faire aux commissaires et aux actionnaires.
9. Elles constituent un minimum de garanties légales.
10. L'inventaire est l'œuvre des administrateurs.
11. Dividendes, réels et fictifs; fonds de réserve.
12. Dissolution en cas de pertes.

[1] Voir le numéro de septembre-octobre 1875.

Digitized by Google

13. Les pouvoirs des administrateurs résultent du droit commun.

14. Ils doivent un cautionnement en actions de la société.

15. Il leur est interdit d'avoir un intérêt dans les marchés ou entreprises,

16. A moins de donner leur démission en temps non suspect.

17. L'interdiction porte sur tout intérêt « direct ou indirect ».

18. Quels sont les marchés ou entreprises atteints par l'interdiction?

19. Compte à rendre chaque année à l'assemblée générale.

20. Sanction de l'interdiction.

1. A l'origine de la société, les administrateurs ont à remplir des devoirs analogues à ceux qui incombent au conseil de surveillance dans la société en commandite. Ce conseil est chargé par une disposition formelle de la loi de 1867 de vérifier si toutes les prescriptions édictées pour la constitution de la société ont été observées par les fondateurs (art. 6). Il est vrai que cette disposition n'est pas reproduite au titre II de la loi, qui régit les sociétés anonymes, et on lit même au contraire (art. 24) que c'est à la première assemblée générale qu'est confiée la mission de vérifier la sincérité de la déclaration notariée faite par les fondateurs touchant la souscription intégrale du capital et le versement du quart des actions. Mais est-ce à dire que les administrateurs soient ainsi dispensés de toute vérification, au moins sur le point spécial attribué à l'assemblée générale? Nullement, car l'article 42 les rend responsables de la nullité de la société irrégulièrement constituée, ce qui implique le droit d'abord, puis le devoir, de se livrer à l'examen complet des formalités remplies par les fondateurs, c'est-à-dire à la vérification même textuellement prescrite au conseil de surveillance.

Le rapprochement des articles 24 et 41 confirme cette analogie, car le dernier article déclare nulle la société constituée contrairement à l'article 24, qui rend applicables aux sociétés anonymes les dispositions des articles 1, 2, 3 et 4 sur la constitution des sociétés en commandite.

2. La vérification doit être sérieuse, ne pas s'arrêter aux

Digitized by Google

apparences, et porter sur le fond comme sur la forme, c'est-à-dire sur la réalité des faits aussi bien que sur la régularité des actes. Cette vérification sera facile aux administrateurs s'ils ont été les fondateurs de la société; ils n'auraient plus même alors qu'à se préoccuper des formalités extérieures, et à rechercher si les conditions prescrites à cet égard par la loi pour la validité de la société ont été observées, si les statuts ont être rédigés en la forme et avec les clauses essentielles, si la déclaration notariée contient tous les éléments voulus, si les apports en nature et les avantages particuliers ont été appréciés par les deux assemblées générales exigées par la loi, après rapport justificatif présenté à la seconde, si enfin ces assemblées ont été régulièrement convoquées, composées et constituées. Quant à la sincérité de la déclaration notariée, comme elle émane d'eux-mêmes dans cette hypothèse, ils savent à quoi s'en tenir; mais si la société a été fondée par d'autres personnes, ils doivent toute leur attention à ce point capital, et voir si les souscriptions annoncées sont justifiées par les bulletins, les versements par les écus.

3. Les administrateurs sont tenus, après la société constituée et dans le mois de cette constitution, de faire publier la société dans les formes prescrites par le titre IV de la loi de 1867[1]. C'est un soin qui leur incombe exclusivement, et dont ils ne partagent pas la responsabilité avec les fondateurs comme pour les formalités constitutives dont nous venons de parler. Les fondateurs ont disparu et leur mission s'est terminée à l'heure même où les administrateurs sont entrés en fonctions. Ceux-ci restent donc seuls chargés d'opérer eux-mêmes la publication, ou de la surveiller s'ils ont donné mandat de le faire au notaire détenteur de l'acte de société et des délibérations annexes.

Sur ce point particulier, l'identité générale que nous avons signalée entre les devoirs d'administration et de surveillance n'existe plus, et nous en avons donné la raison lorsque nous avons traité des attributions de ces derniers conseils[2].

[1] Ce sont eux-mêmes qui, d'après l'article 60, doivent signer l'extrait des actes sous seings privés à publier; et cela doit s'entendre non-seulement de la publication originaire, mais encore de la publication des actes modificatifs prescrite par l'article 61; car leur devoir est le même dans l'un et l'autre cas.

[2] Voir mon *Traité des sociétés par actions*, nos 143 et suiv.

Digitized by Google

4. Aussitôt que les administrateurs sont entrés en fonctions, c'est-à-dire à partir du moment même où la société est constituée tant par leur acceptation que par celle des commissaires, le mandat des administrateurs commence, avec toutes les obligations imposées par la loi ou les statuts aux mandataires chargés de la gestion de la chose d'autrui. Ils ne doivent pas oublier qu'ils sont et restent, aux yeux des actionnaires, les seuls et véritables administrateurs, et que, malgré toutes les délégations de pouvoirs conférées, soit à un directeur, soit à un comité, ils conservent l'autorité supérieure; ils sont toujours le pouvoir exécutif de la société, et à ce titre ils ne peuvent en abandonner jamais la haute direction, ni surtout le contrôle.

Ils ne sauraient donc se dispenser de se réunir fréquemment, même périodiquement, pour se tenir au courant des opérations sociales, délibérer en commun sur les difficultés qui se présentent, ordonner les mesures utiles, autoriser ou approuver les principaux traités conclus avec les tiers, en un mot pour agir en tout comme le ferait un père de famille diligent et soucieux de bien administrer sa fortune. Alors même que celui-ci remet la gestion de ses affaires à un intendant, il ne doit jamais, à peine de se rendre coupable d'incurie envers lui ou les siens, en abandonner la direction; car il sait que, selon la sagesse des nations, rien ne remplace l'œil du maître.

5. Du reste, si les administrateurs sont assez nombreux, rien n'empêche qu'ils ne partagent et n'allégent le fardeau en suivant les usages établis dans plusieurs sociétés, où il y a tantôt des administrateurs de service à tour de rôle se rendant chaque jour au siége social, tantôt un comité se réunissant chaque semaine, de manière à espacer un peu plus les séances générales du conseil d'administration. Le conseil, nommé par l'assemblée générale sans conditions, est assurément le maître de son règlement intérieur.

L'assiduité des membres du conseil n'est pas sans doute une règle absolue, et l'on excusera toujours une certaine tolérance respective commandée quelquefois d'ailleurs par les plus simples convenances. Mais l'absence répétée et persistante d'un membre pourrait à la fin constituer une négligence blâmable, et de nature à légitimer sa révoca-

Digitized by Google

tion. Elle ne saurait l'autoriser à décliner la responsabilité qui viendrait à peser sur le conseil tout entier, surtout si ce membre n'avait soulevé aucune protestation, ou même avait pris part à l'ensemble des actes qui ont amené le préjudice[1].

6. Un administrateur ne pourrait pas se faire remplacer par un tiers aux délibérations du conseil, et une prohibition formelle est même inscrite à cet égard dans beaucoup de statuts sociaux; mais la prohibition est de droit et, comme telle, surabondante ; si les administrateurs, considérés dans leur ensemble, à l'état de conseil d'administration, ont le droit de déléguer leurs pouvoirs, il n'en est pas de même de chacun d'eux en particulier ; si le mandat collectif est jusqu'à un certain point transmissible, le mandat individuel ne l'est pas, et la raison de cette différence s'aperçoit aisément : la transmission du premier mandat n'est jamais qu'imparfaite, puisque le mandant ne se dessaisit pas de l'autorité ou du contrôle sur les actes de ses délégués, tandis que le mandat individuel ne serait autre chose qu'un abandon de la fonction. On ne concevrait pas mieux l'introduction d'un étranger au sein d'un conseil d'administration que le vote par procuration dans l'assemblée des représentants d'une nation.

7. Le Conseil d'administration délibère à la majorité des voix comme le conseil de surveillance dans les sociétés en commandite. La majorité se calcule sur le nombre de membres présents, et la décision serait valable quel que fût ce nombre ; car il est de principe, en matière de société, que les associés, et à plus forte raison, ceux d'entre eux qui ont été désignés pour administrer, sont censés s'être donné respectivement pouvoir à cet effet.

Il n'en serait autrement que si les statuts avaient exigé pour la validité des délibérations la présence d'un minimum de membres, exigence qui se rencontre fréquemmment et qui peut être de nature à éviter des mesures surprises ou irréfléchies. Quelquefois il est stipulé, et c'est d'une sage prévoyance, que si les membres présents n'atteignent pas le minimum statutaire, une seconde convocation sera faite

[1] Paris, 1er août 1868 (D., 69, 3, 25, Société du Crédit mobilier).

Digitized by Google

avec indication de l'ordre du jour, et qu'à la seconde réunion, la délibération sera dans tous les cas valable.

8. Pendant l'existence de la société, les administrateurs ont à remplir certains devoirs spéciaux inhérents à leurs fonctions, et qui leur sont prescrits dans diverses disposition du titre II de la loi de 1867. Ainsi, notamment :

Communiquer aux commissaires, pendant le trimestre qui précède la réunion annuelle de l'assemblée générale, les livres de la société, ainsi que les actes et documents dont la connaissance est indispensable pour l'examen des opérations sociales (art. 33) ;

Faire dresser, chaque semestre, un état de situation sommaire, et chaque année un inventaire général de l'exercice écoulé (art. 34);

Convoquer l'assemblée générale annuelle pour lui soumettre l'approbation des comptes et, s'il y a lieu, la distribution des dividendes (même article);

A cette occasion, et en observant les délais légaux, faire, soit aux commissaires, soit aux actionnaires, toutes les communications prescrites par les articles 34 et 35, et qui ont pour but d'éclairer l'assemblée générale, afin de lui permettre de statuer en connaissance de cause sur l'approbation des comptes.

9. Pour essayer d'atteindre ce but, la loi accumule les précautions ; ce n'est pas seulement l'inventaire qui doit être communiqué aux commissaires et aux actionnaires, c'est aussi le bilan qui le résume et en fait mieux saisir l'économie ; c'est de plus le compte de profits et pertes qui présente, comme dans un tableau synoptique, le résultat des opérations de l'exercice. Toutetois, la communicatiou de ce dernier compte n'est obligatoire qu'envers les commissaires, non envers les actionnaires, et ceux-ci n'ont même droit au bilan que s'ils en requièrent la copie. Mais comme ils peuvent aussi se faire délivrer copie du rapport des commissaires, la loi a pensé que ce document, devant comprendre ou analyser les autres, leur suffirait. Elle eût été plus libérale en ordonnant l'envoi à chacun des actionnaires inscrits au siége social du bilan et du compte de profits et pertes, ainsi que l'usage s'en est établi spontanément dans les sociétés qui ne craignent pas la lumière dans leurs affaires.

Digitized by Google

Quoi qu'il en soit, tout cet ensemble de communications constitue un maximum de garanties que l'usage, on vient de le voir, ou les statuts sociaux, peuvent sans nul doute étendre, mais ne doivent pas restreindre. Toute clause restrictive serait frappée de nullité absolue, car l'ordre public est intéressé au maintien des garanties légales, établies, non-seulement pour la sécurité des actionnaires, mais aussi pour sauvegarder la bonne foi publique[1]. La protection du législateur couvre les tiers aussi bien que les intéressés, et nous en aurons bientôt la preuve en traitant de la responsabilité des administrateurs.

10. L'inventaire est une œuvre capitale, difficile, qui exige autant de loyauté que de circonspection et de prudence. Il a été la source des plus grands abus et il a servi, nous pourrions citer les exemples, à organiser des fraudes colossales dont les annales du monde financier garderont longtemps le souvenir. Je me suis expliqué ailleurs[2] sur les difficultés que présente cette opération, et je veux me borner ici à rappeler que les administrateurs des sociétés anonymes lui doivent un tout autre concours que les membres des conseils de surveillance dans les sociétés en commandite; car c'est d'eux-mêmes et d'eux seuls qu'émane l'inventaire; ils en sont les auteurs et le présentent comme leur œuvre personnelle à l'assemblée générale des actionnaires (art. 32); tandis que dans la commandite c'est le gérant qui dresse l'inventaire et fait les propositions de dividendes, sauf au conseil de surveillance à dénoncer les irrégularités et les inexactitudes dans son rapport à l'assemblée générale (art. 10).

Les administrateurs doivent donc apporter tous leurs soins à l'évaluation de l'actif, et opérer les amortissements nécessaires, s'ils ne veulent pas faire ressortir à la balance des dividendes fictifs, dont la distribution engagerait si gravement leur responsabilité.

11. Sur la nature des dividendes, sur ce qui distingue les dividendes réellement acquis des dividenoes fictifs, sur la distribution des bénéfices réels, sur les stipulations d'intérêts, il y a des règles communes à la société anonyme et

[1] Argument de l'article 1133 du Code civil.

[2] Voir mon *Traité des sociétés par actions*, ch. IV, sect. III.

Digitized by Google

à la commandite; nous les avons indiquées avec tous les développements que le sujet comporte, dans un chapitre de notre *Traité des sociétés civiles et commerciales*, auquel nous ne pouvons que renvoyer pour ne pas nous répéter ici [1].

Sur la question spéciale des dividendes indûment distribués et sur la prescription opposable en pareil cas, l'article 45 déclare même formellement applicables aux sociétés anonymes les dispositions édictées à cet égard par l'article 10, ce qui marque clairement la volonté du législateur d'assujettir à des règles communes sur ce point nos deux grandes espèces de sociétés commerciales.

Une différence est pourtant à signaler : elle est relative au fonds de réserve, qui, facultatif dans la commandite, où d'ailleurs il est consacré par un usage universel, est obligatoire dans la société anonyme (art. 36).

12. Un dernier devoir est imposé aux administrateurs, c'est de provoquer, lorsque les trois quarts du capital social sont perdus, la dissolution de la société (art. 37). Mais ce sujet mérite une attention spéciale, et nous nous réservons d'y revenir pour ne pas interrompre la présente étude.

13. Les pouvoirs des administrateurs, dans le silence des statuts, sont indiqués et délimités par le droit commun. Les actes de société en contiennent souvent une longue énumération qui a toujours l'inconvénient de rester incomplète; et il est préférable de s'en référer aux principes généraux, sauf à conférer certains pouvoirs qui, tout exceptionnels qu'ils sont, comme ceux de transiger, compromettre, faire mainlevée avec ou sans payement, etc., sont fort utiles dans la pratique [2].

Dans la société anonyme, où les administrateurs sont qualifiés par la loi simples mandataires, la jurisprudence tend à donner moins d'étendue à leurs pouvoirs qu'au gérant statutaire et irrévocable de la société en commandite, ou de la société civile. Mais où est la ligne de démarcation si elle existe? Elle n'est écrite nulle part dans la loi, et il est douteux qu'elle soit jamais tracée, d'une manière sûre, par la doctrine ou la jurisprudence.

[1] Ch. IV, sect. III, nos 166 et suiv.

[2] Sauf l'observation faite *suprà*, n° 5, pour le cas de division des pouvoirs.

Digitized by Google

Il a été spécialement jugé que le directeur d'une société anonyme ne peut contracter un emprunt, même avec l'autorisation du conseil d'administration; que le conseil est lui-même sans pouvoirs à cet égard; qu'il en est surtout ainsi lorsque les statuts ne reconnaissent comme valables que les emprunts proposés par le conseil à l'assemblée générale, approuvés par celle-ci, et signés par deux administrateurs [1]. La jurisprudence a également annulé des emprunts contractés, soit par le directeur, en dehors des statuts [2]; ou sans l'autorisation du conseil d'administration, seul investi du pouvoir par les statuts [3]; soit même par le conseil, mais dans le silence des statuts [4].

Cependant les administrateurs de sociétés anonymes peuvent, à moins de convention contraire, souscrire et endosser des effets de commerce pour les affaires de la société.

Si les administrateurs excèdent leurs pouvoirs, la société n'est pas engagée. Ils seraient donc personnellement tenus de rembourser les emprunts qu'ils auraient contractés en dehors des statuts, à moins que les fonds n'aient tourné au profit de la société [5].

14. L'article 26 de la loi de 1867 oblige les administrateurs à posséder un certain nombre d'actions affectées à la garantie de leur gestion. C'est un véritable droit de gage, avec privilége [6], qui est conféré par la loi elle-même, au profit de tous ceux qui auront à exercer contre eux une action quelconque dérivant des actes de la gestion. La loi laisse aux statuts le droit de fixer le nombre des actions engagées, qui doivent être nominatives, et inaliénables pendant la durée des fonctions.

L'article 26 ajoute que ces actions doivent être frappées d'un timbre indiquant l'inaliénabilité et déposées dans la caisse sociale. C'est une garantie que tout actionnaire pourrait exiger, et à laquelle les statuts ne dérogeraient pas valablement.

[1] Cass., 22 janvier 1867, d'arrêt de Paris, 27 février 1864, D., 67, 1, 168.
[2] Bordeaux, 6 août 1853, D., 54, 2, 14.
[3] Nancy, 22 décembre 1842, D., 43, 2, 53.
[4] Alger, 18 mai 1863, D., 63, 5, 353.
[5] Cass., 24 mars 1852, D., 52, 1, 109.
[6] Article 2073 du Code civil.

Digitized by Google

La loi de 1863, par son article 7, exigeait que les administrateurs fussent propriétaires, et par parts égales, du vingtième au moins des actions. La loi nouvelle a non-seulement supprimé tout chiffre *minimum*, mais elle permet aux administrateurs de posséder inégalement les actions déterminées par les statuts; en sorte que ces actions constitueront le gage collectif et solidaire de l'administration; tel est le vœu formel de la loi, qui déclare même les affecter à la garantie des actes de gestion qui seraient personnels à l'un des administrateurs.

15. Par l'article 40, « il est interdit à tout administrateur « de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect « dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société « ou pour son compte, à moins qu'il n'y soit autorisé par « l'assemblée générale ».

La loi a prévu et elle a voulu éviter les conflits entre l'intérêt personnel et l'intérêt social; elle a consacré un devoir de conscience par un texte positif; mais n'a-t-elle pas exagéré ce devoir en allant jusqu'à la prohibition? La loi belge, sur les sociétés[1], n'a pas cru qu'il fût nécessaire de prononcer une interdiction; elle s'est bornée à prescrire à l'administrateur ayant un intérêt opposé à celui de la société, d'en prévenir le conseil d'administration et de faire mentionner la déclaration au procès-verbal de la séance.

Il est vrai que l'interdiction n'est pas absolue, puisqu'elle cesse avec l'autorisation de l'assemblée générale; mais la réunion de l'assemblée peut entraîner, en certains cas, des lenteurs préjudiciables; et nous croyons que, pour les éviter, le conseil averti dans les termes de la loi belge, pourrait passer outre et traiter, sauf à en référer à l'assemblée générale; une approbation ultérieure équivaudrait certainement à l'autorisation préalable[2].

16. Il ne suffirait pas à un administrateur, intéressé dans une affaire conclue avec la société, de donner ensuite sa démission pour soutenir que la loi est observée; car l'influence suspecte aurait pesé sur la conclusion même de l'affaire. La démission, pour être acceptée comme loyale, devrait

[1] Du 18 mai 1873.
[2] Paris, 30 juillet 1867, D., 67, 2, 238.

Digitized by Google

donc précéder même les pourparlers; c'est à ce moment qu'il doit opter entre l'entreprise et ses fonctions d'administrateur; c'est ainsi seulement que sera respectée l'interdiction de prendre ou conserver un intérêt personnel dans l'affaire. Si néanmoins il avait conservé ses fonctions, l'assemblée générale pourrait, bien entendu, n'accepter qu'une démission ultérieure, ou n'imposer cette démission que pour l'avenir; elle a un droit souverain d'appréciation, puisqu'elle pourrait maintenir l'administrateur en fonctions.

17. Si l'interdiction n'est que relative, au regard de l'assemblée générale, elle est, lorsque celle-ci ne l'a pas levée, très-absolue dans ses effets; tout intérêt, *direct ou indirect*, est proscrit. D'où il suit qu'elle s'appliquerait à tout administrateur qui serait en même temps membre de la société en nom collectif, ou gérant de la société en commandite, ou administrateur de la société anonyme, avec laquelle devrait se conclure le marché ou l'entreprise. En serait-il encore de même s'il n'était que simple actionnaire dans ces sociétés? Il y aurait là une question de mesure laissée à l'appréciation discrétionnaire des tribunaux; s'il n'avait qu'une action, ou un très-petit nombre d'actions, on admettrait sans doute que l'opposition d'intérêt n'est pas suffisante pour donner lieu à l'interdiction. La même tolérance serait accordée si l'administrateur était créancier, pour une somme minime, de la société ou du particulier qui auraient obtenu le marché ou l'entreprise.

18. Quels sont les marchés ou entreprises qui tombent sous l'interdiction de l'article 40? Il y a une exception sur laquelle on est unanimement d'accord malgré les termes généraux dont la loi s'est servie : ce sont ceux qui ont lieu avec publicité et concurrence, ainsi qu'il a été reconnu lors de la discussion de la loi devant le Corps législatif[1], le cas de fraude étant, bien entendu, toujours réservé.

D'un autre côté, on doit remarquer que le texte de l'article 40 diffère sensiblement de celui de l'article 23 de la loi du 23 mai 1863 qui défendait aux administrateurs de s'intéresser « dans une opération quelconque » ; ce qui s'appliquait à des opérations isolées et accidentelles ; on a reconnu

[1] Séance du 5 juin 1867.

Digitized by Google

qu'on avait dépassé le but; et dans l'exposé des motifs de la dernière loi, il a été déclaré que l'autorisation de l'assemblée générale ne serait plus exigée pour des opérations spécialement déterminées; et l'on a cité l'exemple d'opérations d'escompte pouvant se renouveler chaque jour. D'où il suit que dans la pensée du législateur, l'interdiction est inapplicable, non-seulement à une opération isolée, mais aussi à une série d'opérations, même identiques et se renouvelant fréquemment, s'il n'y a entre elles aucun lien nécessaire et obligé, résultant d'une convention faite pour une durée déterminée.

A ce propos, citons encore la loi belge, que nous trouvions tout à l'heure plus accommodante et qui va sembler maintenant plus sévère, car elle comprend, dans ses termes, même une seule opération. Mais il n'y a là aucune contradiction; car elle n'interdit pas l'opération, qu'elle oblige seulement l'administrateur à faire connaître au conseil. C'est une mesure très-judicieuse qui, pour être moins rigoureuse que la loi française, donne une garantie plus complète contre les abus d'influence [1].

19. Aux termes du même article 40, deuxième alinéa, « il « est, chaque année, rendu à l'assemblée générale un compte « spécial de l'exécution des marchés ou entreprises par « elle autorisés ». C'est le conseil d'administration qui est chargé de faire ce compte rendu, et à son défaut, le commissaire de surveillance, qui en trouvera l'occasion naturelle dans son rapport annuel à l'assemblée générale sur la situation de la société. Le silence gardé par lui serait de nature à engager sa responsabité.

20. Quelle serait la sanction de l'interdiction, si elle n'était pas respectée ? L'article 44 déclare bien que les administrateurs seront responsables des infractions à la loi; mais toute responsabilité n'engendre que la réparation du dommage

[1] Voici le texte de l'article 50 de la loi belge : « L'administrateur qui a un « intérêt opposé à celui de la société, dans une opération soumise à l'ap- « probation du conseil d'administration, est tenu d'en prévenir le conseil et « de faire mentionner cette déclaration au procès-verbal de la séance. Il « ne peut prendre part à cette délibération. »

Suit un deuxième alinéa qui prescrit, comme la loi française, de rendre compte de ces opérations à l'assemblée générale.

Digitized by Google

effectif; et si, au lieu de perdre, la société avait gagné à l'opération prohibée, où serait pour elle le principe d'une action en dommages-intérêts? Ce n'est donc que pour le cas de perte que la société aurait un recours à exercer contre l'administrateur intéressé. La réparation ne serait pas nécessairement de toute la perte éprouvée; les tribunaux prendraient en considération la loyauté de l'affaire; et surtout les dommages-intérêts subiraient une réduction très-notable, s'il était démontré que l'affaire, avec tout autre que l'administrateur, eût abouti au même résultat.

Il n'y a pas d'autre sanction possible à l'article 40. D'ailleurs tout actionnaire, ayant intérêt et droit à faire respecter la loi, pourrait individuellement s'opposer à ce que de pareils marchés fussent contractés et exécutés, soit en requérant les commissaires de convoquer l'assemblée générale pour délibérer sur les mesures à prendre, soit même, s'il y avait urgence, en introduisant un référé devant le président du tribunal civil.

La convention faite avec les tiers ne serait pas frappée de nullité et ils seraient fondés à en poursuivre l'exécution intégrale; à moins pourtant qu'ils n'aient été de mauvaise foi, ou même simplement qu'ils n'aient connu l'opposition d'intérêt; car alors ils seraient inexcusables, puisqu'ils se seraient rendus volontairement complices d'une infraction à la loi; ils seraient coupables d'un quasi-délit, qui les assujettirait à la réparation du préjudice éprouvé.

A. VAVASSEUR.

DU PAYEMENT DES LEGS PARTICULIERS.

Par M. Léopold Thézard, professeur à la Faculté de droit de Poitiers, avocat à la Cour d'appel.

I

Le règlement du droit des légataires particuliers est généralement sans difficulté quand l'actif de la succession est suffisant, toutes dettes payées, pour les acquitter.

Si le legs est d'un corps certain, le légataire doit être considéré comme immédiatement propriétaire de la chose

Digitized by Google

léguée, sauf à ne pouvoir se mettre en possession ni exercer les actions réelles qu'après avoir obtenu préalablement la délivrance de la part des héritiers, soit à l'amiable, soit par une demande en justice. Si le legs porte sur une somme d'argent ou autre quantité, le droit se résout en une action personnelle contre les héritiers, dans laquelle se confond l'action en délivrance, et à laquelle s'ajoute l'action hypothécaire sur les immeubles de la succession.

Le premier cas semble visé plus spécialement par l'article 1014, le second par l'article 1017 du Code civil.

« 1014. Tout legs pur et simple donnera au légataire, du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée, droit transmissible à ses héritiers ou ayants cause. — Néanmoins le légataire particulier ne pourra se mettre en possession de la chose léguée, ni en prétendre les fruits ou intérêts, qu'à compter du jour de sa demande en délivrance, formée suivant l'ordre établi par l'article 1011, ou du jour auquel cette délivrance lui aurait été volontairement consentie.

« 1017. Les héritiers du testateur ou autres débiteurs d'un legs seront personnellement tenus de l'acquitter, chacun au prorata de la part et portion dont ils profiteront dans la succession. — Ils en seront tenus hypothécairement pour le tout, jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils seront détenteurs. »

Mais l'héritier pur et simple peut-il être tenu au payement des legs comme des dettes *ultra vires hereditatis*, et ne peut-il se soustraire à cette obligation qu'en acceptant bénéficiairement? Telle est la question qui divise profondément les interprètes du Code, et à laquelle se rattachent nécessairement des principes mal définis sur la nature véritable des droits des légataires.

La controverse que nous signalons s'est surtout posée à l'occasion des legs de sommes d'argent ou de quantités. Il faut l'examiner séparément pour ces legs et pour ceux qui seraient faits en nature.

L'héritier, d'abord, est-il tenu *ultra vires* des legs de sommes d'argent ou de quantité? Les textes du Code, il faut le reconnaître tout d'abord, n'ont point prévu directement la question; on peut affirmer que les législateurs n'ont jamais eu en vue l'hypothèse, d'ailleurs fort rare, où un testateur

Digitized by Google

aurait dépassé son actif net en libéralités testamentaires. La question est pourtant susceptible de se présenter, soit que le défunt se soit fait illusion sur le chiffre de sa fortune, soit qu'il ait testé à un moment où il était riche, et que son opulence ait disparu au jour de sa mort.

A ne consulter que les principes, les précédents et l'esprit général de la loi, il semble que l'obligation de payer les legs ne puisse s'étendre au delà des forces de l'hérédité.

Si l'héritier est tenu des dettes *ultra vires*, c'est comme continuateur de la personne du défunt ; c'est parce qu'il est saisi, investi, non-seulement des biens, mais de la personnalité même : *sustinet personam defuncti*. Il est propriétaire de tout ce dont le défunt était propriétaire, créancier de tout ce dont il était créancier ; il doit être débiteur de tout ce qui était dû par le défunt. Il y a entre les deux personnes une confusion dont la confusion des patrimoines n'est que le signe et la conséquence : cette confusion des patrimoines n'existât-elle pas en fait, celle des personnes opère le même effet. Pour l'éviter, il ne suffit pas de faire inventaire, il ne suffit même pas de s'abstenir ; il faut faire une déclaration expresse.

Mais les legs sont-ils dus en vertu de cette continuation de la personne par le défunt? Nullement. Le défunt n'en a jamais été débiteur ; c'est une obligation qui naît en la personne de l'héritier, et dont il se charge en acceptant la succession. Il en est tenu en son nom personnel, en vertu d'une obligation légale ou quasi-contractuelle, qui a son fondement dans ce que le défunt a pu disposer de son patrimoine et restreindre le droit de l'héritier, comme il aurait pu le supprimer. L'héritier, qui est obligé aux dettes comme représentant la personne du défunt, n'est tenu aux legs que *propter rem*. Les legs sont une délibation de l'hérédité, et en prenant la forme d'une obligation, ils ne changent pas de caractère.

Cette manière de voir est évidente dans les législations qui ne permettent pas même d'absorber en legs l'intégralité de la succession. Dans le droit romain, l'héritier qui faisait adition, et qui était tenu des dettes *ultra vires hereditatis*, ne payait les legs que jusqu'à concurrence des trois quarts de l'hérédité, en vertu de la loi Falcidie. Justinien, il est

Digitized by Google

vrai, décida que l'héritier qui ne ferait pas inventaire, et qui serait ainsi tenu des dettes pour le tout, ne pourrait non plus invoquer le bénéfice de la loi Falcidie : *Non solum creditoribus in solidum teneatur, sed etiam legis Falcidiæ beneficio minime utatur* (L. 22, § 14, C., *De jure deliberandi*). Mais dans notre ancien droit, la réserve coutumière des quatre quints des propres mettait obstacle à ce que l'héritier pût être tenu des legs au delà des biens disponibles, eût-il accepté purement et simplement. La loi du 17 nivôse an II, qui restreignait dans les cas les plus favorables le droit de disposition au sixième des biens, entraînait la même solution d'une façon plus énergique encore.

Qu'ont fait, en présence de cet état de choses préexistant, les auteurs de la loi du 4 germinal an VIII et ceux du Code civil, qui ont élargi le droit de disposition? Ils ont établi une quotité disponible plus étendue, et dans les cas où ils n'ont pas cru devoir donner aux héritiers un droit à une réserve, ils ont écrit : A défaut des héritiers réservataires, les dispositions à titre gratuit *pourront épuiser la totalité des biens du disposant* (loi du 4 germinal an VIII, art. 4; Code civil, art. 916).

Voilà donc la limite extrême du droit de disposer : épuiser la totalité des biens. Le testament n'est pas autre chose que l'acte par lequel *on dispose de tout ou partie de ses biens* (art. 893) : c'est là le *maximum*. Qu'importe qu'on ait légué en nature des objets de la succession, ou des sommes d'argent à payer par l'héritier? La diminution du patrimoine ne peut dépasser le patrimoine lui-même : l'héritier peut voir restreindre son droit, il peut le voir disparaître, mais la conception même du testament implique que le testateur ne léguera que ce qu'il pourrait prendre sur ses propres biens.

L'acceptation pure et simple de l'héritier modifie-t-elle la situation? Cette modification, nous l'avons dit, ne peut résulter de la continuation de la personne du défunt. Elle s'expliquerait donc seulement par l'étendue que donnerait tacitement la loi au quasi-contrat d'adition d'hérédité, ou bien encore par une idée de pénalité contre la négligence de l'héritier à séparer ses biens de ceux du défunt, comme dans la constitution de Justinien.

Digitized by Google

Si le quasi-contrat n'est pas réglé par la loi, l'effet doit en être interprété dans le sens le plus favorable à l'obligé, et d'après son intention présumée (art. 1156, 1162 C. civ.): or, il n'est pas à supposer que l'héritier ait entendu s'obliger aux legs *ultra vires hereditatis*. Quant à l'absence des règles spéciales dans la loi sur les effets du quasi-contrat d'adition d'hérédité, elle se comprend aisément : ses effets sont contenus, d'une part, quant aux dettes, dans la saisine et la représentation de la personne du défunt; d'autre part, quant aux legs, dans le droit de disposition de tous ses biens accordé au testateur.

Faut-il s'attacher à l'idée de peine? Les peines sont de droit étroit, et ne doivent s'appliquer qu'en cas de fraude possible à la loi. Si l'héritier, bien qu'ayant pris qualité, rend compte de tous les biens de la succession, les légataires auront tout ce dont le défunt a pu et entendu disposer en leur faveur.

Il est, dans tous les cas, irrationnel de supposer au défunt l'intention de disposer au delà de la valeur de sa succession. Il peut avoir trop présumé de sa fortune, il ne peut avoir voulu donner ce qu'il n'avait pas. Or, l'intention du disposant est la première chose à consulter en matière de libéralités.

Il faudrait encore, pour être conséquent dans la doctrine de l'obligation aux legs *ultra vires*, admettre que l'héritier réservataire lui-même, pour réclamer la réduction des legs, est obligé d'accepter sous bénéfice d'inventaire; car il est tenu du payement des dettes. Si la confusion de droit de deux patrimoines s'applique à l'égard des legs comme des dettes, l'héritier pur et simple sera non recevable, quoi qu'il arrive, à démontrer que les legs excèdent ce dont le testateur pouvait disposer. Or, personne n'admet une telle conséquence.

La nature du droit de disposition testamentaire nous mène donc à cette conclusion, que l'héritier n'est tenu de payer les legs que jusqu'à concurrence de l'actif de la succession, et cet actif doit s'entendre déduction faite des dettes : *bona non censentur nisi deducto ære alieno.*

Y a-t-il dans notre Code des textes devant lesquels ces raisons doivent céder? Nous avons dit en commençant que les législateurs ne paraissaient pas s'être préoccupés direc-

Digitized by Google

tement de la question, et nous reconnaissons que la force des arguments tirés des articles 895 et 916 peut s'en trouver quelque peu affaiblie ; on pourrait admettre qu'ils ont été rédigés en vue du *plerumque fit*, et qu'ils sous-entendent que l'héritier empêchera la confusion de droit des patrimoines.

Mais, par la même raison, les textes qu'on invoque en sens contraire ne semblent guère plus concluants ; il faut cependant examiner de près les arguments qu'on en a tirés.

1° D'après l'article 724 du Code civil, les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les *charges* de la succession. Les articles 870 et 873 obligent les héritiers au payement des *dettes et charges* de la succession. L'expression de *charges*, que la loi emploie comme plus compréhensive que celle de *dettes*, ou comme destinée à la compléter, représente évidemment, dit-on, les obligations qui incombent à l'héritier en dehors des dettes proprement dites : ce ne peuvent être que les legs ou autres dispositions à cause de mort. Ainsi l'entendait Lebrun, dans son *Traité des successions* (livre IV, ch. II, sect. IV) : « Il y a une différence essentielle entre les dettes et les charges d'une succession ; car les dettes sont supposées avoir été contractées par le défunt, en sorte qu'on l'a pu obliger lui-même de les acquitter ; au lieu que les charges naissent à l'occasion de sa succession. D'ailleurs les dettes concernent l'héritier, et les charges regardent principalement la succession, laquelle elles diminuent de plein droit, parce qu'elles se prennent par une espèce de délibation. Enfin, tel est obligé aux charges qui ne l'est pas aux dettes, et tel est tenu des dettes qui ne l'est pas des charges. Ainsi..., le gardien, lequel est tenu des dettes mobilières de la succession, par l'ouverture de laquelle ses enfants sont en garde, n'est point obligé aux charges de la même succession, comme le legs.

. . . . . .

« Le second exemple consiste dans les legs, qui ne sont point dettes, mais charges de la succession. »

Il résulte donc des articles 724 et 873 que l'héritier est tenu de payer indéfiniment les legs aussi bien que les dettes ; et cette obligation est, sinon la conséquence, au moins

Digitized by Google

la condition de la saisine en cas d'acceptation pure et simple.

Cette argumentation, fondée sur le sens prétendu d'un mot plus ou moins précis, n'a rien de décisif. L'expression de *charges* ou de *dettes et charges* peut être entendue des obligations personnelles du défunt, soit qu'il y ait synonymie et redondance, chose fréquente dans la langue pratique du droit, soit qu'on ait voulu par le mot *charges* comprendre les obligations autres que les obligations réductibles en argent et personnelles au défunt, comme les charges des biens, ou, à un point de vue différent, les frais funéraires, etc.

Il y a une preuve certaine que les charges ne comprennent pas les legs dans le langage du Code : l'article 1084 permet la donation cumulative de biens présents et à venir, sous la condition de dresser un état des *dettes et charges* du donateur existantes au jour de la donation, ce qui ne peut certainement pas s'appliquer aux legs; les articles 1085 et 1086 soumettent le donataire de biens à venir à l'obligation d'acquitter toutes les *dettes et charges* de la succession du donateur, alors que pourtant toute disposition à titre gratuit est inopposable à ce donataire (art. 1083).

Il y a plus : l'article 1009 consacre formellement la distinction des *dettes et charges* d'une part, des *legs* d'autre part. Le légataire universel, en concours avec des réservataires, contribue au payement des dettes et charges avec les héritiers, et il est seul tenu d'acquitter tous les legs. L'antithèse est frappante.

2° L'article 1017 déclare les héritiers *personnellement* tenus d'acquitter les legs : c'est la même expression qu'emploie l'article 873 pour les dettes et charges; si l'obligation est personnelle, et non pas seulement *propter rem*, elle est indéfinie. Ainsi raisonnent les partisans de l'obligation aux legs *ultra vires*.

Telle n'est point nécessairement la portée de l'article 1017. Il précise la différence entre l'obligation personnelle, dont chaque héritier est tenu au prorata de ce dont il profite dans la succession, et l'obligation hypothécaire, dont il peut être tenu pour le tout. Mais il ne détermine pas l'étendue de cette obligation personnelle; si l'on veut s'attacher stricte-

Digitized by Google

ment aux termes de l'article, on dira même qu'elle ne s'étend que jusqu'à concurrence de ce dont l'héritier *profite* dans la succession, et par conséquent ne saurait exister *ultra vires;* les articles 870, 873, 1220, au contraire, en ce qui concerne les dettes, proportionnent l'obligation de la contribution à la part virile (ou héréditaire), à ce que l'héritier prend, à ce dont il est saisi. Il y a une obligation personnelle aux legs, c'est incontestable, puisque les légataires ne peuvent réclamer que par une action personnelle; mais cette obligation peut être analogue à celle de l'héritier bénéficiaire quant aux dettes; lui aussi peut être tenu personnellement, mais seulement *intra vires* (art. 802-803).

3° Un nouvel argument est tiré de l'article 802, d'après lequel l'héritier bénéficiaire a l'avantage..... « de pouvoir se décharger du payement des dettes en abandonnant tous les biens de la succession aux créanciers et aux légataires ». Les legs sont donc compris dans les dettes, dit-on, puisque ceux envers lesquels on s'en décharge par l'abandon des biens sont les créanciers et légataires; faute d'abandon, on serait tenu de la même façon envers les uns et les autres.

Nous avons peine à comprendre cet argument scolastique; ou pour mieux dire, il nous semble se retourner contre l'opinion qui l'invoque. De quoi se décharge l'héritier en abandonnant les biens? Du payement des dettes; le mot *dettes*, par lui-même, ne comprend pas les *legs;* tout au plus, d'après l'opinion contraire elle-même, sont-ils compris dans le mot *charges;* dans l'article 802, le sens limitatif est d'autant plus précis que, pour déterminer l'effet de l'abandon, il emploie l'expression unique de *dettes,* alors que plus loin, pour déterminer les personnes, il distingue les créanciers et les légataires. Donc l'abandon des biens et le bénéfice d'inventaire lui-même sont utiles pour se décharger des dettes et non des legs; la limite du payement des legs n'est pas modifiée par le bénéfice d'inventaire. Mais l'abandon, dit-on, doit être fait aux créanciers et aux légataires. Et à qui voudrait-on qu'il fût fait? Si par hasard les biens sont plus que suffisants pour payer les créanciers, n'est-ce pas aux légataires que doit revenir l'excédant, qu'il y ait ou non bénéfice d'inventaire? L'abandon doit donc leur être con-

Digitized by Google

senti en même temps qu'aux créanciers, si l'héritier veut se décharger de la liquidation; mais cela n'implique en rien qu'il soit tenu, dans une circonstance quelconque, de les payer *ultra vires*.

4° Enfin, le texte qui semble le plus probant pour établir l'obligation aux legs *ultra vires*, est l'article 783 du Code civil. D'après cet article, le majeur ne peut réclamer contre l'acceptation expresse ou tacite qu'il a faite d'une succession « sous prétexte de lésion, excepté seulement dans le cas où la succession se trouverait absorbée ou diminuée de plus de moitié, par la découverte d'un testament inconnu au moment de l'acceptation ».

L'argument est facile à saisir. Si l'héritier ne peut jamais être tenu des legs *ultra vires*, il ne saurait être lésé par la découverte d'un testament; le pis qui puisse lui arriver, c'est de voir épuiser la succession entre ses mains; or, c'est précisément le résultat qu'il obtiendrait en faisant rescinder son acceptation pour renoncer à l'hérédité. Il faut donc admettre qu'il est tenu des legs *ultra vires;* si les auteurs ont signalé quelques rares hypothèses où le testament pourrait produire la lésion, abstraction faite de l'obligation *ultra vires*, elles résultent de combinaisons exceptionnelles qui ne sont pas entrées dans les prévisions des législateurs.

Cette explication est assurément simple. Mais en l'acceptant pour l'exacte expression de la pensée des rédacteurs du Code, il est manifeste tout d'abord qu'elle ne rend pas le texte irréprochable.

Pourquoi ce chiffre de moitié de la succession? Si la succession est grevée d'un passif peu considérable, et qui n'atteigne pas la moitié de son actif, la découverte d'un testament qui prendra un peu plus de la moitié laissera encore un bénéfice à l'héritier, et il ne s'avisera pas de former l'action en rescision. Si, au contraire, on suppose une succession déjà absorbée aux trois quarts par les dettes, et qu'on découvre un testament qui dispose de la moitié ou environ, sans la dépasser, la lésion pourra être considérable; plus la succession sera importante, plus l'acceptation en sera désastreuse pour l'héritier : il comptait sur un bénéfice, et ce sera la ruine pour lui. Les législateurs ont été évidemment mal

Digitized by Google

inspirés en empruntant à des réminiscences sur d'autres matières cette idée de la lésion d'*outre moitié*, qui n'a plus ici sa raison d'être : s'ils ont entendu que l'héritier, pour avoir droit à la rescision, dût être lésé de plus de moitié, ils ont entendu un non-sens; car s'il est privé de plus de la moitié, tout en conservant quelque chose, sa réclamation, qui le réduirait à n'avoir rien, serait insensée; si, croyant avoir quelque chose, il voit au contraire son propre patrimoine entamé, il est lésé de *plus que tout*, et non pas de plus que moitié.

Il est donc difficile de déterminer quelle a été la vraie pensée des rédacteurs du Code en écrivant l'article 783 *in fine*. Mais nous croyons pouvoir affirmer qu'ils n'ont pas eu en vue l'obligation des legs *ultra vires*.

Dans le texte même, ils parlent de succession *absorbée* ou *diminuée de plus de moitié* par le testament; ils ne parlent pas d'un testament qui engagerait le patrimoine même de l'héritier. Et notre remarque se précise par l'unique et insuffisant échange d'observations qui eut lieu au Conseil d'État à l'occasion du projet de Code. M. Berlier demande qu'on étende la restitution au cas où il se découvrirait des dettes considérables et inconnues qui dépasseraient l'actif de la succession; la proposition était raisonnable [1]. Que répond Tronchet? Que cette disposition serait superflue, attendu que l'héritier a pu se garantir contre les dettes inconnues en acceptant sous bénéfice d'inventaire. Donc, la lésion contre laquelle on entend restituer l'héritier est telle qu'une acceptation bénéficiaire ne la préviendrait pas; les législateurs ont eu en vue un danger résultant d'une combinaison quelconque de circonstances, très-obscurément aperçues, mais étrangères à l'obligation *ultra vires*. Comment se présentera cette combinaison?

On peut la supposer de plusieurs façons, et nous reviendrons sur ce point; mais le législateur n'eût-il prévu qu'un danger imaginaire, il est certain que l'article 783, par lui-

[1] C'était la solution donnée par Hadrien : « Sciendum est tamen, D. Hadrianum etiam majori XXV annis veniam dedisse, cum post aditam hereditatem grande æs alienum quod tempore aditæ hereditatis latebat, emersisset. » (Inst., *De hered. qual.*, § 6.)

Digitized by Google

même, pas plus que les autres textes invoqués, n'est une preuve de l'obligation aux legs *ultra vires*.

Ainsi, à prendre la loi en elle-même, et à la discuter impartialement, rien n'établit que le législateur ait entendu soumettre l'héritier au payement des legs au delà des forces de la succession. Peut-être, on peut même dire probablement, il n'a pas songé à la question ; ses prévisions ne semblent pas être allées plus loin que le cas d'une succession à réserve, où les legs empiéteraient sur la quotité disponible. L'obligation *ultra vires*, à défaut d'une disposition expresse ou implicite de la loi, résultera-t-elle de la force des choses et d'une combinaison de principes? C'est ce qu'il faudra voir ultérieurement.

II

Après avoir parlé des legs de quantité, nous devons parler des legs de corps certains, ou legs en nature. Ces legs ne peuvent comprendre que des objets qui se trouvent dans la succession, puisque le legs de la chose d'autrui est nul (art. 1021).

Alors la question se pose autrement.

Le légataire devient propriétaire de la chose léguée du jour du décès du testateur; car la donation testamentaire est un mode d'acquisition et de transmission de la propriété (art. 711); d'après l'article 1014, il a, du jour du décès, un droit à la chose léguée, et ce droit ne peut être un simple *jus ad rem;* c'est le droit de propriété même; la demande en délivrance ne lui est nécessaire que pour se mettre en possession.

Cela étant, l'héritier pur et simple pourrait-il refuser la délivrance sous prétexte de dettes qui dépasseraient la valeur de la portion de succession qui doit rester entre ses mains? pourrait-il, selon les cas, obtenir une réduction de ces legs? pourrait-il, les ayant délivrés, les répéter entre les mains des légataires, en justifiant que les dettes qu'il a dû payer absorbent et au delà les biens restés entre ses mains?

A toutes ces questions nous n'hésitons pas à répondre négativement.

En léguant un objet déterminé, le testateur a prélevé cet objet sur l'ensemble de la succession, car il n'a pu léguer la

Digitized by Google

chose d'autrui (art. 1021); il l'en a détaché au profit du légataire, auquel il en a transmis directement la propriété; cet objet, quant à l'héritier, n'est plus dans la succession, et la demande en délivrance n'a pour but que de faire vérifier le droit et d'obtenir la mise en possession effective. A moins d'admettre que le légataire a simplement le *jus ad rem*, l'héritier n'est qu'un simple détenteur de l'objet légué.

L'héritier, d'autre part, reste tenu des dettes, et le légataire particulier n'y contribue pas (art. 871). L'héritier paye les dettes *ultra vires*, à cause de son acceptation pure et simple. Dira-t-il qu'il paye en même temps les legs *ultra vires*, puisqu'il est obligé de délivrer les objets légués? Nullement : ce ne sont pas ces objets qu'il paye au delà des forces de la succession, puisqu'ils sont pris dans la succession, dont ils forment une délibation; ce sont les dettes mêmes. Détenteur de l'universalité, il acquitte les dettes qui sont charges de cette universalité, et non des objets légués : *æs alienum universi patrimonii, non certarum rerum, onus est.* Ce qu'il débourse au delà de son bénéfice net, il doit l'imputer comme payement des dettes, et non comme payement des legs; car les legs, à vrai dire, il ne les paye pas : *quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat* (L. 33, D., *De condict. indeb.*).

A ces considérations tirées de la nature du droit, il est à peine besoin d'ajouter les inconvénients pratiques qui résulteraient de la solution contraire. Comment admettre que les légataires de corps certains soient obligés, pour obtenir la délivrance, d'attendre la liquidation de la succession, liquidation qui se ferait, en cas d'acceptation pure et simple, sans règles fixes, sans formes et sans délais déterminés? Comment admettre qu'ils pussent être tenus de faire constater, contradictoirement avec l'héritier, la consistance exacte du surplus de la succession, dont celui-ci pourrait disposer à l'amiable, sans aucun contrôle? Comment les forcer à suivre l'héritier dans les discussions possibles sur la valeur réelle des biens, sur les conditions plus ou moins normales auxquelles il aliénerait les biens héréditaires? D'autre part, quelles difficultés ne présenterait pas la réduction à opérer sur des objets déterminés, presque toujours impartageables en nature? Quelle anomalie surtout, après une délivrance ordon-

Digitized by Google

née par justice ou consentie par l'héritier, alors que le légataire doit se considérer comme pleinement investi, et a peut-être transmis l'objet de son legs à des tiers, si l'on venait réclamer entre ses mains tout ou partie des choses léguées pour désintéresser des créanciers! Il y a là des impossibilités que répudie la nature des choses, et le droit n'a pas de moyens réguliers d'y suppléer.

Le légataire d'un corps certain (en cas d'acceptation pure et simple, et quand il n'y a pas de réserve) peut donc le réclamer contre l'héritier, quel que soit le chiffre des dettes.

Mais n'y a-t-il pas désaccord entre cette solution et celle qui, pour les legs de sommes d'argent, exclut l'obligation *ultra vires?*

Les deux solutions peuvent parfaitement se concilier dans leur principe: l'une et l'autre sont conformes à la raison et aux règles générales du droit; si l'antinomie doit apparaître, ce ne sera que dans certaines conséquences et grâce à des éléments nouveaux.

Le principe posé, c'est que le legs est un prélèvement sur l'hérédité. Le legs d'un corps certain est un prélèvement d'objets déterminés qui diminuent l'universalité elle-même, sur laquelle ils laissent retomber les dettes; les legs de sommes d'argent sont un prélèvement à extraire de l'universalité qui reste, et qui ne peuvent la dépasser; or, *bona non censentur nisi deducto ære alieno.* De même que le legs d'un corps certain ne peut porter que sur une chose dépendant de l'hérédité, et non sur la chose d'autrui, de même les legs de sommes d'argent ne peuvent porter que sur ce qui pourra être retiré de l'universalité.

Le parallèle différentiel entre ces deux espèces de legs se continue dans leurs causes de révocation ou de caducité. Le testateur qui a légué un corps certain et qui l'aliène, même par nécessité, est censé révoquer son legs, et le légataire n'a pas droit à la valeur. Le légataire auquel a été laissée une somme d'argent n'a rien à craindre d'une aliénation; mais, si la masse sur laquelle le legs devait être prélevé diminue jusqu'à devenir insuffisante pour l'acquitter, ne doit-il pas voir diminuer l'objet de son legs? Ce résultat, dans le cas où une personne aura disposé alors qu'elle était riche, et sera tombée ensuite au-dessous de ses affaires, ne sera-t-il pas

Digitized by Google

aussi conforme à la volonté présumée du défunt que la révocation par l'aliénation d'un corps certain?

Cette différence, sans doute, n'avait pas apparu aux jurisconsultes romains, et, au point de vue de la loi Falcidie, les legs de corps certains et les legs de quantité subissaient en même temps la réduction; mais il est facile de l'expliquer : à l'époque classique, le droit du légataire *per vindicationem* se réduisait, dans la condamnation à prononcer contre l'héritier, en une somme d'argent, aussi bien que le droit du légataire d'une quantité ou d'un corps certain légué *per damnationem;* le legs de la chose d'autrui était possible. Sous Justinien lui-même, le choix donné au légataire d'un corps certain entre l'action *in rem* et l'action *in personam* donnait à son droit un caractère hybride. Dans le Code civil, au contraire, les deux espèces de legs se séparent de la façon la plus tranchée : le legs d'un corps certain ne peut porter que sur la chose du testateur; il ne peut que transférer la propriété, et ne donne lieu qu'à l'action réelle et à la mise en possession qui s'opère en nature; le legs d'une quantité ne donne lieu qu'à l'action personnelle; il tend à une quantité susceptible de division abstraite, puisqu'elle n'est constituée que par le nombre (*numero constat*), susceptible, par suite, de réduction sans changer de nature. Le propre du droit réel, c'est d'être *à priori* exclusif et total, de ne croître ou de ne diminuer qu'avec l'objet même; le propre du droit personnel, c'est d'être purement abstrait, de subir éventuellement dans sa réalisation un concours et une réduction.

A considérer même le legs d'un corps certain comme produisant une obligation à la charge de l'héritier, la différence trouverait encore son fondement dans un principe légal. D'après l'article 1221-2°, le principe de la divisibilité des obligations reçoit exception lorsque la dette est d'un corps certain. Qu'il s'agisse là d'une indivisibilité *obligatione* ou *solutione tantum*, la loi se justifie par cette considération qu'un corps certain, en général, vaut surtout par son ensemble, et serait nécessairement déprécié par une division matérielle; comme pour l'enfant coupé en deux par le jugement de Salomon, les parts matérielles réunies ne représentent pas le tout; l'objet est constitué *uno spiritu,* suivant une expression romaine.

Digitized by Google

Or, la conséquence de l'indivisibilité, c'est que l'obligation ne peut pas être exécutée pour partie. De même qu'en cas de concours de plusieurs héritiers, bien que chacun ne soit tenu des legs que pour sa part, l'héritier détenteur de l'objet peut être poursuivi pour le tout, de même celui qui est seul héritier ne peut invoquer la limitation de son obligation aux forces de la succession pour se soustraire à la délivrance totale.

III

La distinction entre les legs de quantité et les legs de corps certains nous fournit une explication très-naturelle de l'article 783, tout en permettant de considérer l'héritier pur et simple comme n'étant pas tenu des legs *ultra vires hereditatis*.

Par l'aperçu des autres explications données de la décision du législateur, on pourra juger que celle-ci en rend un compte plus simple et plus pratique.

C'est en vain, croyons-nous, qu'on chercherait une explication satisfaisante dans les précédents historiques. La seule que nous ayons rencontrée, et qui a pu sans doute inspirer de loin les rédacteurs du Code, se trouve dans Henrys, *Des restitutions en entier*, livre IV, question 2ᵉ.

Cet auteur cite une espèce fort compliquée, sur laquelle intervint un arrêt du Parlement de Paris, de 1635, où la personne restituée avait été lésée, non point par un testament, mais par l'événement d'un procès sur le montant d'une légitime et de certains avantages de survie, c'est-à-dire, en somme, par une diminution notable de l'actif présumé de la succession, qui la laissait exposée, néanmoins, à payer des dettes considérables.

La Cour jugea, dit Henrys, « que la mère devait être reçue à répudier l'hoirie de son fils, et avec une équité manifeste, puisqu'en effet elle s'était jetée dans la succession avec bonne foi; qu'elle avait eu lieu de la présumer assez opulente ; que les droits étaient apparents et non pas seulement plausibles, et que le sujet qui l'obligeait à répudier venait de l'événement d'un procès. »

Cet arrêt, qui s'expliquait facilement par la latitude don-

Digitized by Google

née dans le droit romain et notre ancienne jurisprudence aux restitutions en entier, considérées comme remède extraordinaire, ne pouvait fournir une base précise aux rédacteurs du Code. La nature même de la restitution en entier, faite pour des cas imprévus, singuliers, n'est guère compatible avec une législation codifiée qui doit tout prévoir et ne rien laisser à l'arbitraire. Si le législateur s'attache à prévoir des hypothèses exceptionnelles, il court le risque d'édicter une lettre morte et de laisser en dehors de ces prévisions bien des situations qui, au jour où elles se réaliseront, paraîtront plus dignes d'intérêt que celles qu'il a prévues : tel pourrait bien être le cas de l'article 783 du Code civil.

Aussi les diverses hypothèses auxquelles on a cherché à l'appliquer, en dehors du payement des legs *ultra vires*, pèchent-elles par quelque complication plus ou moins invraisemblable.

1° L'héritier, a-t-on dit, quand il découvre un testament absorbant ou diminuant de plus de moitié la masse de la succession, n'éprouve pas de lésion immédiate; mais il a lieu de prévoir qu'en dehors des legs, il se découvrira des dettes considérables, auxquelles il eût pu faire face avec la succession entière, mais qu'il ne pourra payer avec cette succession réduite. Sans doute alors, il aurait un recours contre les légataires précédemment payés; mais n'a-t-il pas à craindre que ces légataires ne soient insolvables et ne puissent le rembourser ? Il y a là une raison suffisante de le restituer.

On a élevé contre cette explication des objections fondées : l'hypothèse en est difficile à réaliser ; elle suppose d'ailleurs la combinaison des dettes avec des legs, et la véritable cause de la restitution serait alors l'obligation aux dettes, que l'héritier eût pu éviter par une acceptation bénéficiaire.

2° Une autre explication met en jeu les principes du rapport. Si l'on suppose deux héritiers, dont l'un est en même temps donataire en avancement d'hoirie, il a intérêt à accepter si sa part héréditaire doit être supérieure au montant de la libéralité qui lui a été faite; il a au contraire intérêt à renoncer si sa part héréditaire doit être inférieure à cette libéralité. Or, il est possible qu'à première vue, et en l'absence d'un testament connu, il se soit cru dans la première

Digitized by Google

situation, et qu'il ait en conséquence accepté. Quand se découvre un testament qui réduit les parts héréditaires, ce même héritier éprouve une lésion, et il aurait tout intérêt à s'en tenir à sa libéralité. Là serait le principe de l'action en rescision.

Plus facile à concevoir que la précédente, cette supposition n'est pas encore pleinement satisfaisante. Elle n'est réalisable qu'avec le concours de deux ou plusieurs héritiers, et ne paraît point avoir été prévue par les auteurs du Code.

Ces objections n'empêchent pas évidemment que, le cas échéant, on ne dût appliquer aux hypothèses prévues l'action en restitution de l'article 783. Mais elles en montrent l'application restreinte et exceptionnelle.

Tout au contraire, la distinction faite entre les legs de corps certains et ceux de quantités, permet de trouver une interprétation rationnelle et pratique à l'article 783.

Si une succession comprend des dettes qui atteignent ou dépassent la moitié de l'actif brut, mais qui laisse cependant un excédant considérable, l'héritier sera évidemment porté à l'accepter purement et simplement. Survienne la découverte du testament qui absorbe, en legs de corps certains, plus de la moitié de la succession : l'héritier sera lésé, car il sera tenu au payement de toutes les dettes, et ne pourra forcer les légataires particuliers d'y contribuer, tout en étant forcé de leur délivrer intégralement leurs legs. C'est la masse sur laquelle il paye les dettes qui subit alors une diminution sans qu'on puisse dire qu'il paye les legs eux-mêmes *ultra vires hereditatis*.

On peut signaler, comme un cas particulier de cette hypothèse générale, celui où deux héritiers seraient appelés chacun pour moitié à une même succession, si l'on découvre plus tard un testament qui lègue par préciput et hors part à l'un d'eux la majeure partie des objets de la succession, mais à titre particulier. La contribution et l'obligation aux dettes resteront néanmoins de moitié pour chacun des deux héritiers ; le préciputaire, étant institué à titre particulier, ne verra pas accroître sa part dans les dettes; mais l'autre pourra voir diminuer sa part dans l'actif, de façon à trouver un préjudice là où il aurait eu un avantage.

Digitized by Google

IV

La théorie que nous venons de présenter se suffit dans son ensemble et paraît résister à la critique attentive des textes.

Cependant nous devons avouer les doutes sérieux qu'elle soulève à d'autres points de vue dans notre esprit.

Si on l'admet, elle entraîne presque nécessairement cette triple conséquence :

1° En cas d'insuffisance de la succession pour payer tous les legs, en supposant ou non une acceptation bénéficiaire, les légataires de corps certains devront recevoir leurs legs intégralement, si les créanciers peuvent être payés sur les autres biens de la succession, tandis que les légataires de sommes d'argent ou de quantités subiront une réduction au marc le franc.

2° S'il y a des héritiers réservataires, et qu'il soit nécessaire de réduire les legs pour former la réserve, les legs de corps certains ne subiront la réduction qu'après les legs de quantités.

3° Quand une succession sera acceptée purement et simplement, l'héritier qui aura lieu de craindre que les forces de la succession ne soient insuffisantes pour payer les dettes et legs pourra opposer une sorte d'exception de discussion aux légataires de quantités ; il ne pourra pas l'opposer aux légataires de corps certains.

Les deux premières propositions seraient parfaitement admissibles si l'on reconnaissait que, dans la pensée du testateur, les legs de corps certains doivent toujours être payés de préférence aux legs de quantités. Telle est en effet la doctrine de plusieurs auteurs et de quelques arrêts [1].

[1] Pothier, *Donations testamentaires*, ch. IV, art. 2, § 5 ; Merlin, *Répert.*, v° Légataire, § 6, n° 24 ; Toullier, V, 558 ; Coin-Delisle, sur l'article 927, n° 12 ; Toulouse, 18 avril 1834 ; Grenoble, 13 décembre 1834 ; Toulouse, 14 juillet 1840 ; Nimes, 11 mai 1841.

En sens contraire : Nicias Gaillard, *Revue critique*, t. XVII, p. 193 ; Demolombe, t. XIX, p. 560 ; Aubry et Rau, t. VII, § 723, note 25 ; Cass., 3 mars 1858 ; Cass., 25 novembre 1861 ; Cass., 18 juin 1862 ; Pau, 24 juin 1862.

Digitized by Google

Mais il semble difficile de les concilier avec les articles 926 et 927 du Code civil, d'après lesquels « la réduction sera faite au marc le franc, sans aucune distinction entre les legs universels et les legs particuliers ; — néanmoins, dans tous les cas où le testateur aura déclaré *expressément* qu'il entend que tel legs soit acquitté de préférence aux autres, cette préférence aura lieu ».

Doit-on admettre que l'indivisibilité *solutione tantum* du legs de corps certain, si justifiée qu'elle soit d'ailleurs, soit équivalente à une préférence expressément déclarée?

Si cette indivisibilité peut produire des conséquences entre l'héritier, débiteur du legs, et le légataire, son créancier, ces conséquences s'étendront-elles jusqu'à créer un droit plus exclusif au profit de certains légataires dans leurs rapports avec les autres? L'indivisibilité n'est point rangée parmi les causes de préférence établies par la loi entre les divers créanciers. Et pourtant il est impossible, si on limite l'obligation de l'héritier, d'empêcher les droits respectifs des légataires de réagir les uns sur les autres sous forme de concours.

Enfin, la créance des légataires de quantités n'affecte-t-elle pas, elle aussi, une sorte d'indivisibilité reconnue par la loi, au moyen de leur hypothèque légale (art. 1017, 1221-1°)?

Une distinction se présente à l'esprit pour résoudre ces difficultés.

Parmi les légataires, les uns ont un droit de propriété, les autres un droit de créance; quand ces droits sont en conflit avec celui des créanciers héréditaires, en cas d'acceptation bénéficiaire, ou avec la réserve, ils sont tous soumis à une même réduction proportionnelle : car, quelle que soit leur nature, ils ne peuvent être prélevés sur la succession qu'après satisfaction donnée à la réserve et aux créances, et il n'y a pas de raison décisive pour préférer les uns aux autres. Que si, au contraire, on considère les legs dans leurs rapports avec la succession elle-même et avec l'héritier qui la représente, ils doivent être traités, les uns comme conférant la propriété, les autres comme donnant une simple créance *intra vires hereditatis*.

Mais cette distinction conduit à une proposition bien scabreuse : les droits des légataires varieraient dans leurs rap-

Digitized by Google

ports respectifs dans une même succession, selon qu'elle serait acceptée purement ou simplement ou sous bénéfice d'inventaire; — à moins d'aller encore plus loin, et de restreindre absolument la réduction proportionnelle au cas d'une succession à réserve, en vertu des articles 926 et 927. Alors, en cas d'acceptation bénéficiaire, on admettrait que les légataires de corps certains, étant propriétaires, recevraient intégralement leurs legs, dès lors que le surplus de la succession suffirait à désintéresser les créanciers, et que les légataires de quantités, au contraire, seraient considérés comme de simples créanciers primés par ceux du défunt. Nous inclinerions à admettre cette solution, à laquelle ne répugnent pas les articles 808 et 809 du Code civil [1].

La troisième proposition énoncée ci-dessus sur les rapports de l'héritier pur et simple avec les légataires de quantités, offre également bien des difficultés.

Si l'héritier n'est tenu des legs de sommes d'argent que *intra vires hereditatis*, nonobstant son acceptation pure et simple, comment fera-t-il une liquidation qui soit à l'abri de toute critique de la part des légataires? Si cette liquidation n'est pas opérée, et si les choses sont encore intactes, opposera-t-il une exception dilatoire aux demandes en délivrance? aura-t-il à faire un abandon des biens aux légataires? Ce dernier parti semblerait le plus rationnel, lorsque l'acceptation pure et simple résulterait du simple fait d'avoir pris qualité, et non d'actes de disposition; mais la loi ne l'au-

[1] Il semble résulter de ces articles : 1° que le droit d'opposition accordé aux créanciers pour amener une distribution au marc le franc n'est pas ouvert au profit des légataires, et que ces derniers doivent simplement être payés à mesure qu'ils se présentent, soit que les créanciers n'aient pas fait opposition, soit qu'ils soient désintéressés; 2° que, par suite, les légataires ne peuvent jamais recourir les uns contre les autres : *potior causa occupantis*.

Mais ces conséquences ne sont point admissibles : le droit d'opposition est ouvert aux légataires, et s'ils en ont usé, ils ont recours les uns contre les autres, comme les créanciers.

Quant aux recours des créanciers, même non opposants, contre les légataires, la loi l'accorde sans distinction; mais il résulterait de la solution donnée ci-dessus qu'ils doivent d'abord recourir contre les légataires des sommes d'argent, et subsidiairement contre les légataires des corps certains. La loi vise surtout les créanciers des sommes d'argent que l'héritier aurait *payés*, plutôt que ceux auxquels on aurait délivré des corps certains.

Digitized by Google

torise qu'en cas d'acceptation bénéficiaire (art. 802); et d'autre part, il resterait à régler le cas où l'héritier se serait immiscé. Pour lui maintenir alors le même bénéfice, il faudrait le considérer comme un comptable des biens héréditaires, et apprécier, chose fort délicate, la valeur réelle qu'avaient ces biens.

Les jurisconsultes romains s'étaient préoccupés de cette question, à propos de la quarte Falcidie. Paul (L. 3, D., *Ad legem Falcidiam*) s'exprime ainsi :

« Si l'héritier a vendu l'hérédité qui était insolvable, il sera sans doute difficile de persuader qu'elle était réellement insolvable, puisqu'elle a trouvé un acheteur; néanmoins, il ne sera rien dû aux légataires, puisque si l'héritier en a retiré quelque chose, son profit vient plutôt de la sottise de l'acheteur que des biens du défunt. Car, de même en sens contraire, s'il a mal vendu les objets de l'hérédité, les légataires ne doivent pas en souffrir; l'héritier doit donc aussi, s'il a tiré bon parti de la succession, en avoir le profit[1]. »

Ces solutions seraient-elles acceptables en droit français? Cela est fort douteux, et dès lors la réduction des legs ne serait guère praticable que si, préalablement à tout acte de disposition, l'héritier faisait estimer contradictoirement avec les légataires la valeur des biens de la succession, pour fixer le montant des sommes à leur payer. Autant vaudrait alors accepter sous bénéfice d'inventaire.

Nous remarquerons pourtant que s'il s'agit d'un héritier réservataire, on ne peut induire contre lui une renonciation à demander la réduction des legs du fait qu'il aura fait addition pure et simple, et même disposé des objets héréditaires. Sans doute, il fera plus prudemment, pour éviter toute discussion sur la valeur des biens et sur ses propres actes, de faire prononcer avant tout la réduction, au moyen

[1] Paulus (*lib. sing., Ad legem Falcidiam*). « Si heres institutus eam he-
« reditatem, quæ solvendo non est, vendiderit; vix quidem poterit persua-
« deri non fuisse eam hereditatem solvendo, quæ emptorem invenerit; vera
« autem ratione nihil legatariis debebitur; quia magis ex stultitia emptoris
« habere videtur heres institutus, quam ex bonis defuncti. Nam e contrario,
« si male vendiderit res hereditarias, non erit hoc legatariorum detrimen-
« tum; ita ergo commodum debet esse heredis, si bene res administra-
« verit. »

Digitized by Google

d'une estimation opérée *rebus integris*; mais une autre manière d'agir ne crée pas contre lui une fin de non-recevoir [1].

Un autre côté de la question serait encore à envisager. Si les légataires poursuivent le payement de leurs legs contre des tiers acquéreurs d'immeubles héréditaires, au moyen de l'action hypothécaire, ou même s'ils agissent pour le tout de cette façon contre l'un de plusieurs héritiers, le règlement des recours sera très-compliqué si l'on réduit le droit des légataires *intra vires hereditatis*.

Toutes les observations que nous venons de présenter, tirées des conséquences bien plus que du principe de la théorie de l'obligation *intra vires*, peuvent ébranler jusqu'à un certain point la confiance dans cette théorie, et justifier les solutions contraires données en pratique.

Du même coup, quelques-unes d'entre elles viennent à l'appui de la doctrine qui exige de tous les successeurs à titre universel l'acceptation bénéficiaire, s'ils ne veulent être tenus des dettes *ultra vires hereditatis*; car l'acceptation bénéficiaire garantit seule une liquidation régulière.

V

La situation des légataires par rapport aux créanciers héréditaires, comme leur situation par rapport aux héri-

[1] Lebrun avait prévu la difficulté (*Traité des successions*, livre IV, ch. II, sect. IV).

« Dans ce même cas, dit-il, ... les héritiers doivent toujours payer les dettes avant les legs, de crainte que s'ils pervertissent cet ordre, il ne se trouve que tous les legs étant acquittés, ils n'aient pas leurs réserves coutumières, et ne soient obligés de répéter contre les légataires ce qu'ils auront payé de trop, auquel cas ces légataires ne manqueront pas de dire qu'ils ont reçu ce que le testateur leur avait destiné, et qu'il est permis à un héritier d'exécuter pleinement un testament, *plenam fidem exequi*, en renonçant aux réserves coutumières, comme à la Trébellianique ou à la Falcidie. Au moins il faut que les héritiers se précautionnent par des protestations dans des quittances par actes authentiques, et... Ils ne sont obligés d'acquitter les legs que sous bonne et suffisante caution... que les réserves coutumières ne souffrissent quelque préjudice par l'acquittement de ces legs particuliers. »

Toutes les mesures ici indiquées par Lebrun, — ordre à suivre dans le payement des legs et des dettes, recours possible contre les légataires payés, caution à exiger, — ne trouvent guère d'appui dans nos lois successorales actuelles.

Digitized by Google

tiers, met en jeu des principes que la loi n'a point formulés explicitement.

On pose souvent en règle générale, sans discussion ni distinction, que les legs ne peuvent nuire en aucune façon au droit des créanciers héréditaires, et que ceux-ci peuvent saisir les biens légués demeurés leur gage : *nemo liberalis nisi liberatus.*

Mais cette proposition est nécessairement sujette à certaines restrictions. Il est évident que les légataires qui ont reçu la délivrance de leurs legs ne peuvent pas être exposés indéfiniment à des poursuites de la part des créanciers héréditaires.

Où est la limite à fixer pour le droit des créanciers sur les biens légués?

MM. Aubry et Rau, avec leur concision ordinaire, ont posé le principe, d'après un arrêt de la Cour de cassation, du 9 décembre 1823 :

« Les créanciers simplement chirographaires du défunt ne peuvent s'assurer le droit de se faire payer sur les biens de la succession avant les légataires qu'au moyen de la séparation des patrimoines. » (T. VI, § 619.) Et ailleurs : « Bien que les légataires particuliers ne soient pas tenus des dettes et charges de la succession, ils sont cependant primés sur les biens de la succession par les créanciers héréditaires, lorsque ceux-ci ont demandé la séparation des patrimoines, que la succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire, ou qu'elle est devenue vacante. Art. 809, 814, et arg. de ces articles. » (T. VII, § 723 *in fine.*)

La règle ainsi formulée est parfaitement conforme à l'esprit et au texte de la loi. Si la confusion des patrimoines du défunt et de l'héritier n'est pas empêchée, soit par le bénéfice d'inventaire, soit par la séparation des patrimoines, les créanciers personnels de l'héritier, parmi lesquels sont les légataires, sont sur le même pied que les créanciers héréditaires.

La loi ne suppose pas, d'ailleurs, comme règle générale, une poursuite possible de la part des créanciers sur les objets légués entre les mains des légataires; elle prévoit seulement la poursuite hypothécaire si les biens légués sont spécialement affectés à la dette (art. 871, 874, 1024), et le recours

Digitized by Google

des créanciers pendant trois ans contre les légataires déjà payés, mais seulement en cas d'acceptation bénéficiaire (art. 809).

L'assimilation, à ce point de vue, entre le bénéfice d'inventaire et la séparation des patrimoines, se retrouve dans le délai même pendant lequel les créanciers peuvent agir sur les meubles de la succession : c'est ce même délai de trois ans de l'article 809, qui reparaît dans l'article 880-1°, pour l'exercice du bénéfice de séparation des patrimoines.

En cette matière se reproduira encore la différence entre les legs de corps certains et les legs de sommes d'argent. S'il n'y a pas acceptation bénéficiaire ou demande de séparation des patrimoines, les légataires de corps certains obtiendront toujours la délivrance intégrale de leurs legs ; les légataires de quantités seront en concours avec les créanciers héréditaires (et aussi avec les créanciers personnels de l'héritier, si ces légataires eux-mêmes n'ont pas demandé la séparation des patrimoines) : ce sera toujours la distinction entre le droit de propriété et le droit de créance.

LÉOPOLD THÉZARD.

BIBLIOGRAPHIE.

TRAITÉ DES RÉPARATIONS (LOI DU BATIMENT)[1].

Par M. LE BÈGUE, architecte.

Compte rendu par M. Raphaël GONSE,
substitut du procureur général près la Cour d'appel de Limoges.

« En droit, il y a des difficultés sur tout, même dans les bagatelles. » C'est à propos des réparations locatives que M. Troplong s'exprime ainsi. Quelque équitable qu'il soit, quelque sage qu'on le reconnaisse, l'article 1754 du Code civil n'en est pas moins la source d'une multitude de contestations. Il avait paru à nos anciens jurisconsultes indispensable que le locataire fût chargé du menu entretien sans examiner si

[1] Un volume in-8°. Paris, 1874.

Digitized by Google

les réparations qui s'y rapportaient étaient l'effet d'un usage modéré ou abusif. Pothier, malgré le silence de la coutume de Paris, enseigne qu'un certain entretien outre la réparation des dégâts commis doit être à la charge du locataire. Ainsi dégagé par les nécessités de la pratique journalière, le principe a été accepté sans difficulté par les rédacteurs du Code civil. « Les réparations locatives sont censées occasionnées par l'usage même de la chose ou par le défaut de soin de la part du locataire ou des personnes dont il est responsable. » Tels sont les termes du rapport fait au Tribunat.

La présomption ainsi conservée écarte la difficulté de savoir si la dégradation est imputable au locataire. Toutefois il reste à savoir quelles sont les réparations locatives et où s'arrête le menu entretien. La variété et la multiplicité des aménagements rendent impossible aujourd'hui, plus encore qu'à l'époque de la rédaction du Code civil, une définition précise ou une énumération législative. Aussi y aurait-il là une source permanente de débats, si l'on n'apportait la plupart du temps en ces matières un désir de conciliation qu'inspire aux parties adverses la valeur presque toujours minime des intérêts engagés.

L'ouvrage indiqué ci-dessus aura sans nul doute cet heureux effet de faciliter ces ententes aimables. Sur les détails de cette matière des réparations locatives, il s'est formé un ensemble de solutions parfois consacrées par la jurisprudence, presque toujours fondées sur des usages universellement acceptés. Ces solutions éparses, ces usages imparfaitement connus ou formulés, M. Le Bègue les rassemble, les coordonne et les présente avec l'autorité qui s'attache à sa compétence spéciale. C'est rendre aux relations quotidiennes des propriétaires et des locataires un service qui ne peut manquer d'être apprécié.

La seconde partie du traité est consacrée aux obligations réciproques du nu-propriétaire et de l'usufrutier relativement aux réparations à effectuer. L'application des articles 605 et 606 du Code civil donne lieu à de sérieuses controverses. Outre ces questions spécialement juridiques, elle fait encore surgir des difficultés plus techniques, mais souvent délicates à trancher. L'article 606 tout, en énumérant les grosses réparations dont les frais incombent au nu-pro-

Digitized by Google

priétaire, n'a pu entrer dans des détails circonstanciés. Pour certains ouvrages, les puits, les étangs, les moulins, etc., il a même omis d'énoncer des règles générales. Pour d'autres, tels que les machines et le matériel industriel, immeubles par destination, on peut dire qu'il n'eût pu édicter des prescriptions suffisantes eu égard aux progrès de l'industrie. Il y a donc là une série de lacunes qui doivent être comblées. C'est tantôt par des raisons d'analogie, tantôt en suivant les règles usuelles, que la jurisprudence et les auteurs ont dû suppléer aux énonciations incomplètes de la loi. Ici encore, rassemblant ces solutions diverses, les éclairant par sa connaissance de l'art des constructions, M. Le Bègue est un guide autorisé pour reconnaitre les réfections qu'il faut ranger parmi les grosses réparations et celles qu'il faut maintenir au compte d'entretien. Signaler le *Traité des réparations*, c'est donc fournir aux praticiens une indication des plus utiles. R. GONSE.

ERRATUM.

Notre collaborateur, M. R. Gonse, nous signale une faute d'impression qui s'est glissée dans le compte rendu, dont il n'avait pu reviser l'épreuve, de l'ouvrage de MM. Sauteyra et Cherbonneau sur le *Droit musulman* (livraison de janvier 1876, p. 74 et 75).

Les mots « *habous*, immeubles *habousés* » ont été imprimés à tort « *halous*, immeubles *halousés* ». Il y a donc lieu de rétablir dans l'article bibliographique de M. R. Gonse l'expression *habous* et *habousé* comme s'appliquant, en droit musulman, soit à l'acte de donation qui rend certains biens inaliénables par une suite de substitutions et une dernière attribution à quelque œuvre pieuse ou charitable, soit à ces biens eux-mêmes.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière et Cᵉ, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

Par M. PARADAN, conseiller à la Cour d'appel de Nîmes.

L'article 446 du Code de commerce, qui déclare nuls tous payements faits par le débiteur, POUR DETTES NON ÉCHUES, *s'ils ont eu lieu quand il était en état de cessation, ne s'applique pas à un transport de créance par lui consenti* A UNE ÉPOQUE CONTEMPORAINE DE L'EMPRUNT *qu'il a contracté, et pour en assurer le remboursement.*

Ce transport de créance, bien que non enregistré, fait foi de sa date, non-seulement vis-à-vis du commerçant qui l'a souscrit, mais encore au regard de ses créanciers qui ne sont que ses ayants cause, pourvu que ce pacte ne puisse pas être argué de fraude et qu'il soit antérieur à toute cessation de payements (art. 1322 C. civ.).

Une cession pure et simple de créance n'est pas un contrat synallagmatique, elle constitue seulement un acte unilatéral, et par suite elle n'est pas entachée de nullité pour n'avoir pas été rédigée en double original (art. 1325 C. civ.).

En tout cas, le défaut de mention que l'acte a été fait double serait un moyen de nullité dont les parties seules pourraient se prévaloir et que les tiers n'auraient pas le droit d'invoquer.

La signification du transport peut être valablement faite jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite, sans qu'il soit nécessaire que l'acte de cession ait acquis date certaine avant la cessation des payements; — il suffit que cette cessation ait été ignorée du cessionnaire et qu'il ait agi sans fraude.

1. Les questions que nous venons de poser ont été l'objet d'un vif débat devant la Cour d'appel de Nîmes, qui ne les a tranchées qu'après un arrêt de partage, preuve certaine de la difficulté qu'elles présentaient à résoudre. La principale et la plus difficile d'entre elles dépendait de l'interprétation de l'article 446 du Code de commerce. Peu de textes de loi ont assurément excité à un si haut degré l'attention des jurisconsultes et provoqué les méditations des magistrats chargés de l'appliquer. Il est aisé de comprendre, en effet, que quand un désastre commercial éclate, certains créanciers, qui ont à recueillir seulement quelques tristes épaves d'un patrimoine jadis opulent, songent à rendre meilleure leur position, au détriment d'autres créanciers non moins

Digitized by Google

malheureux qu'eux. L'équité ne devait ni permettre ni tolérer des arrangements pris avec un commerçant qui cessait de payer ses dettes. Voilà pourquoi le législateur, dans l'article 446, a tracé des règles que les uns cherchent à violer, tandis que les autres luttent pour faire prévaloir la rigoureuse observation des principes et pour niveler, de la sorte, des situations qu'aucun droit de préférence ne protége. De là naissent d'incessants conflits que la jurisprudence parvient, non sans peine, à faire disparaître.

§ 1er.

2. Pour être bien comprise et sainement résolue, une question a besoin d'être nettement posée : aussi allons-nous préciser avec soin les faits qui ont fait naître le litige, pour en tirer ensuite les conséquences juridiques.

3. Les nommés Combe et Dupont, associés, faisaient à Nîmes le commerce des vins. Dans le courant de l'année 1870, ils se trouvèrent aux prises avec des embarras pécuniaires tellement impérieux qu'il leur fallut recourir à des emprunts. Un sieur Pierre Gignoux mit son portefeuille à leur disposition. Il en retira des valeurs industrielles qui furent remises aux banquiers Franc et Riche. Ceux-ci, amplement protégés par cette garantie, ouvrirent leur caisse et comptèrent à Combe et à Dupont une somme de 21,000 fr.

Gignoux devait, à son tour, assurer à son profit ou la restitution des valeurs industrielles par lui prêtées, ou le remboursement de la somme qu'elles représentaient. Dans ce but, et en prévision de cette éventualité, il exigea que Dupont, l'un des associés, lui transmît, à titre de garantie, le bénéfice d'une police d'assurances sur la vie, que la compagnie anglaise *the Gresham* avait passée avec lui, et dont le chiffre s'élevait à 25,000 francs.

L'acte qui intervint à ce sujet entre les parties porte la date du 1er décembre 1870. Il est absolument nécessaire d'en faire connaître les termes : « Pour plus de garantie du dé-
« pôt des valeurs mises entre les mains des banquiers Franc
« et Riche, Dupont déclare renoncer en faveur de Gignoux,
« jusqu'au retrait desdits titres, au bénéfice d'une police
« d'assurances sur la vie, souscrite à la compagnie anglaise
« *the Gresham*, au capital de 25,000 francs. »

Digitized by Google

Ce traité, non enregistré lorsque fut rendu le jugement dont nous allons parler, porte la signature seule de Dupont; celle de Gignoux n'y figure pas. Ajoutons enfin qu'il n'a jamais été signifié, par acte d'huissier, à la compagnie d'assurances; toutefois, cette dernière reconnaît qu'elle a été informée officieusement du transport, et qu'elle l'a consigné sur ses livres.

4. Le 31 octobre 1871, nouveau traité ainsi conçu : « Je « soussigné Dupont, déclare céder et transporter irrévoca- « blement au profit de Pierre Gignoux l'entière propriété de « la police d'assurances sur la vie de la somme de 25,000 fr., « que j'ai contractée sur ma tête avec la compagnie an- « glaise *the Gresham*, voulant et entendant que Gignoux en « soit désormais le propriétaire incommutable, et en dis- « pose comme il l'entendra, m'obligeant personnellement à « payer toutes primes échues et à échoir jusqu'à l'expiration « de ladite police.

« La présente cession est faite à titre de garantie de la « somme de 21,000 franes qui a été prêtée par Gignoux à « la maison de commeree Combe, Dupout et compagnie, « dont je suis l'un des chefs. »

Cettte cession fut enregistrée le 27 mai 1873 et notifiée le surlendemain, 29, à la compagnie d'assurances.

5. Le 5 février 1874, Combe et Dupont furent déclarés en état de faillite par un jugement qui en fit remonter l'ouverture au 8 mai 1871, et qui nomma syndic le sieur Hérail.

Sur ces entrefaites mourut le sieur Dupont. Ce décès fit naître des prétentions diamétralement opposées sur la somme due par la compagnie d'assurances, qui en fit le dépôt à la caisse des consignations le 16 juin 1874.

6. D'une part, le syndic de la faillite réclamait cet argent comme appartenant à la masse. Pour justifier sa prétention, il disait en substance :

« L'acte du 1er décembre 1870 constitue, non un transport de créance, mais seulement une renonciation par Dupont au bénéfice de la police d'assurances jusqu'au retrait des titres confiés par Gignoux. Cet acte ne va pas au delà. Il n'est ni une cession ni un nantissement.

« S'il est antérieur aux dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite, il ne confère aucun droit exclusif à Gi-

Digitized by Google

gnoux sur le bénéfice de l'assurance. Il n'a point été notifié au *Gresham*, ni avant cette époque, ni même avant le jugement déclaratif de la faillite. Il n'a acquis date certaine par l'enregistrement que le 7 septembre 1874, postérieurement au jugement déclaratif, par le décès de Dupont le 20 juin 1873, et par celui de Combe le 10 août 1872, c'est-à-dire après l'époque fixée comme étant celle de la cessation des payements. Enfin, si l'on pouvait voir un nantissement dans l'acte de 1870, la convention serait nulle aux termes des articles 2074 et 2075 du Code civil.

7. Abordant l'examen de l'acte de cession du 31 octobre 1871, le syndic disait :

« Cet acte est sans valeur vis-à-vis de la masse des créanciers. Dupont, qui l'a consenti, a été déclaré en faillite par un jugement qui en a fait remonter l'ouverture au 8 mai 1871, et par suite il tombe sous le coup des dispositions de l'article 446 du Code de commerce.

« S'il était possible de lui assigner un caractère quelconque, il faudrait ne voir en lui qu'un nantissement dépourvu de toute efficacité, pour avoir méconnu, comme il a déjà été dit, les exigences du législateur.

« Fallût-il voir dans l'acte de 1871 une véritable cession, il n'en resterait pas moins certain qu'elle aurait été consentie en payement d'une dette antérieure, et même d'une dette non échue.

« La loi tolère bien le payement en numéraire ou en effets de commerce des *dettes échues*, mais elle proscrit, même pour ces sortes de dettes, tout autre mode de payement effectué durant la période suspecte qui précède la déclaration de faillite.

« Dans l'espèce, ajoutait-on, il y a tout à la fois dette non échue et payement effectué, non en espèces ou effets de commerce, mais au moyen d'une cession à titre de garantie.

« Au besoin, l'acte de 1871 serait nul et par conséquent non opposable à la masse des créanciers pour n'avoir pas été fait en double original. L'article 1325 du Code civil est formel à cet égard. Si quelques auteurs admettent que cette disposition ne s'étend pas aux actes commerciaux, il est constant que l'opération intervenue entre Gignoux et Dupont n'a rien de commercial. Un dépôt de valeurs indus-

Digitized by Google

trielles et la cession du bénéfice d'une police d'assurance sur la vie ne constituent point une opération de commerce, mais bien un contrat purement civil régi par le droit commun.

« Enfin, disait-on en terminant, aux termes de l'article 1690 du Code civil, le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur ou par son acceptation dans un acte authentique. Les créanciers de la masse d'une faillite sont des tiers toutes les fois qu'ils critiquent les effets d'un acte consenti par le failli au détriment de leurs droits, surtout quand ils opposent au cessionnaire le défaut de signification ou d'acceptation du transport. Il y a mieux : cette signification ne peut être utilement faite qu'à une époque antérieure à la cessation des payements. Elle serait inefficace si elle ne survenait qu'après. »

8. Ces objections ne manquaient certes pas de gravité. Il n'en est pas de meilleure preuve que la divergence d'opinions qui se produisit dans le sein de la Cour, puisque ce ne fut qu'après un arrêt de partage que furent tranchées les questions par nous posées en tête de cette étude.

9. Dans l'intérêt des héritiers et de la veuve Gignoux, on combattait le système soutenu par le syndic Dupont. Il est inutile de reproduire ici, même par une simple analyse, les arguments que l'on faisait valoir, puisque nons allons les retrouver dans l'arrêt que rendit la Cour de Nîmes.

En voici les termes :

10. « Attendu qu'il est de principe, en droit, qu'il faut dans les conventions rechercher la commune intention des parties contractantes et les entendre plutôt dans le sens avec lequel elles peuvent avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elles n'en pourraient produire aucun » (art. 1156 et 1157 C. civ.) ;

« Attendu que l'acte du 1er décembre 1870, en même temps qu'il est constitutif du prêt effectué par Gignoux en faveur de Dupont, contient en outre une disposition aux termes de laquelle ce dernier déclare renoncer, au profit de son créancier, au bénéfice de son assurance sur la vie, jusqu'au retrait des titres qui lui ont permis de toucher chez Franc et Riche l'argent qui lui était nécessaire pour son commerce;

Digitized by Google

« Que cet acte, sainement interprété, constitue une véritable cession soumise à une condition suspensive, mais qui deviendra définitive le jour où Dupont ne pourra pas restituer les titres de Gignoux, ce qui s'est réalisé dans l'espèce; que renoncer en faveur d'une personne au bénéfice d'une assurance sur la vie, ou lui CÉDER le bénéfice de cette assurance, est absolument une seule et même chose;

« Attendu que vainement on oppose que cet acte est sous seing privé; qu'il n'a pas, par conséquent, date certaine au regard des tiers et qu'il ne peut leur être opposé;

« Qu'il suffit de répondre, avec la doctrine et la jurisprudence, que les actes sous seing privé ont entre ceux qui les ont souscrits, leurs héritiers et ayants cause, la même foi que les actes authentiques;

« Que l'acte du 1er décembre 1870 est antérieur à la date fixée comme étant celle de la cessation des payements de Dupont; qu'il ne peut être argué de fraude, et que toutes les circonstances de la cause en établissent la sincérité;

« Que les créanciers de Dupont ne sont pas des tiers, mais seulement ses ayants cause; qu'en cette qualité d'ayants cause, ils ne peuvent opposer à Gignoux, qui a traité avec le failli avant l'époque où a commencé la cessation de ses payements, aucun défaut de date certaine dont le failli n'aurait point été lui-même recevable à se prévaloir;

« Attendu que cet acte étant concomitant du prêt, échappe par cela même à l'application de l'article 446 du Code de commerce;

« Attendu que la cession du 31 octobre 1871 n'est que la confirmation, la ratification de celle de 1870; que la seule différence qui existe entre les deux consiste en ce que la plus ancienne était soumise à une condition suspensive, tandis que la plus récente a transféré irrévocablement la propriété de l'assurance le jour où les parties ont été convaincues que Dupont ne pouvant restituer à Gignoux ses titres, la condition suspensive était rendue impossible et n'avait plus d'objet;

« Attendu que l'acte du 31 octobre 1871 n'étant, comme il vient d'être dit, que la confirmation de celui du 1er décembre 1870, rétroagit à cette dernière date et ne garantit pas, par suite, un prêt antérieur, d'où la conséquence qu'il

Digitized by Google

ne tombe pas sous le coup de l'article 446 du Code de commerce;

« Attendu que vainement le syndic Dupont demande la nullité de l'acte du 31 octobre 1871, parce qu'il n'a pas été fait en double original;

« Qu'il suffit de répondre d'une part, avec la doctrine et la jurisprudence, qu'en supposant, ce qui n'est pas, que le contrat fût synallagmatique, le défaut de mention qu'il a été fait double serait un moyen dont les parties seules pourraient se prévaloir, tandis que les tiers n'auraient pas qualité pour l'invoquer;

« D'autre part, que la cession dont il s'agit constitue un acte unilatéral qui échappe à l'application de l'article 1325 du Code civil;

« Attendu que l'objection tirée du défaut de signification de l'acte du 1er décembre 1870 n'est pas mieux fondée;

« Que sans doute, aux termes de l'article 1690 du Code civil, le cessionnaire n'est saisi, à l'égard des tiers, que par la signification du transport faite au débiteur; mais que, dans l'espèce, la cession de 1871 qui n'est, comme il a été dit ci-dessus, que la confirmation de celle de 1870, ayant été signifiée, cette signification a remplacé et par suite rendu inutile et sans objet la notification de l'acte de 1870;

« Attendu enfin qu'il est constant en droit que la signification du transport peut être faite jusqu'au jugement déclaratif de faillite, sans qu'il soit nécessaire que l'acte ait acquis date certaine avant la cessation des payements;

« Qu'il suffit que le cessionnaire ait, comme dans l'espèce, agi sans fraude et ignoré la cessation de payements du cédant;

« Attendu, en fait, que la cession du 31 octobre 1871 a été enregistrée le 27 mai 1873 et signifiée le surlendemain 29 mai, tandis que le jugement qui déclare la faillite a été rendu seulement le 5 février 1874, et qu'il importe peu que l'ouverture en soit fixée au 8 mai 1871;

« Attendu que la Cour ayant décidé, dans les considérants qui précèdent, que les actes de 1870 et 1871 constituent une cession et non un nantissement, l'objection que le syndic veut faire résulter de l'inobservation des articles 2074 et 2075 du Code civil, applicables au gage, demeure absolument sans portée;

Digitized by Google

« Par ces motifs et ceux des premiers juges, en ce qu'ils n'ont rien de contraire au présent arrêt, la Cour, parties ouïes, et M. Clappier, avocat général, vidant le partage déclaré par son arrêt du...., démet Hérail, syndic de la faillite Combe, de son appel; ordonne, en conséquence, que le jugement rendu par le tribunal civil de Nîmes sortira son plein et entier effet. »

§ 2.

11. La loi du 8 juin 1838, sur les faillites, a profondément modifié l'ancien Code de commerce, promulgué en 1807. Aux termes de l'article 442 de ce Code, le failli, à compter du jour de la faillite, était dessaisi, de plein droit, de l'administration de tous ses biens. Il résultait de là que les actes, faits dans l'intervalle de la cessation des payements au jugement déclaratif, étaient frappés de nullité, comme ceux que le failli aurait faits depuis le jour de ce jugement.

12. La plupart des auteurs n'approuvaient pas l'application radicale du texte de la loi. La distinction suivante avait été faite par le plus grand nombre des Cours d'appel à l'égard des actes faits dans l'intervalle de l'ouverture de la faillite, à sa déclaration. Si le tiers qui avait contracté ou qui avait reçu était de mauvaise foi, on prononçait la nullité de l'obligation ou du payement; dans le cas contraire, on en reconnaissait la validité : cette distinction était empreinte d'un caractère d'équité qui devait frapper l'attention du législateur moderne. Comment punir, en effet, un négociant qui a traité de bonne foi avec un autre, une, deux et quelquefois plusieurs années avant le jugement qui déclare la faillite de ce dernier, alors qu'il continuait, sans interruption et sans nulle opposition de la part de ses créanciers, les actes de son commerce? Ne sont-ce pas ceux-ci qui étaient en faute pour n'avoir pas fait déclarer la faillite? Peut-on admettre qu'ils profitent des opérations utiles que ferait leur débiteur, lorsqu'il leur serait permis de répudier celles qui lui seraient préjudiciables? Ils bénéficieraient, par exemple, des marchandises achetées par ce dernier, et il leur serait loisible de n'en pas payer le prix! Cette injustice était par trop grande pour n'être pas réprouvée par les tribunaux; aussi

Digitized by Google

la jurisprudence avait elle fait fléchir la sévérité de la règle posée par l'ancien Code de commerce.

13. Toutefois, comme quelques Cours refusaient, en présence d'un texte aussi formel que l'était celui de la loi de 1807, d'admettre le tempérament auquel s'était ralliée la majorité d'entre elles, il était nécessaire, pour faire cesser une divergence regrettable, que le législateur formulât nettement sa volonté. La loi nouvelle, après de graves et longues discussions de la part de ceux qui l'ont votée, s'est donc départie de la sévérité de l'ancien Code, et elle a classé avec plus de discernement et de logique les diverses espèces d'actes qui ne sont pas susceptibles d'être réglés de la même manière.

14. Les articles 446 et suivants du nouveau Code de commerce, jusques et y compris l'article 449, ne font partir le dessaisissement du failli qu'à dater du jour où a été rendu le jugement qui le déclare en état de faillite. Ils ne frappent de nullité parmi les actes antérieurs que ceux qui sont frauduleux ou contraires au principe d'égalité qui doit faire la loi de tous les créanciers, et maintiennent tous les autres tant qu'il n'est pas prouvé qu'ils ont été faits de mauvaise foi.

15. C'est après s'être bien pénétrée de la vérité de ces principes que la Cour de Nîmes, dans l'arrêt qui fait l'objet de notre étude, a maintenu comme réguliers et valables les actes de cession par lesquels Dupont avait transporté sur la tête de Gignoux, son créancier, le bénéfice de son assurance sur la vie. L'arrêt prend bien soin d'établir qu'aucun soupçon de fraude ne peut atteindre ces actes, et qu'en prévision d'un désastre commercial, possible dans l'avenir, celui qui remettait ses fonds à l'autre stipulait à son profit des garanties que la loyauté faisait à l'emprunteur un devoir de lui concéder.

16. Sans doute la loi de 1838 sur les faillites pose des principes dont il ne faut pas méconnaître la rigueur; mais il ne faut pas oublier non plus qu'elle respecte, dans des limites convenables et justes, les conventions légalement formées entre les parties, sans qu'aucun élément de fraude les ait viciées. En d'autres termes, la question de fait, en ces sortes de matières, exerce bien souvent, sur la solution du litige, une influence telle que la conscience du juge l'oblige à

Digitized by Google

maintenir des actes où la loyauté se montre dans tout son éclat.

17. Dans le procès qui s'agitait devant elle entre les héritiers Gignoux et le syndic Dupont, la Cour de Nîmes fut surtout pénétrée de la pensée que l'acte du 1er décembre 1870 constituait une véritable cession soumise à une condition suspensive, mais qui devait devenir définitive le jour où Dupont ne pourrait pas restituer les titres de Gignoux, ce qui s'était réalisé dans l'espèce.

Puis examinant la cession du 31 octobre 1871, l'arrêt décide qu'elle confirme et ratifie celle de 1870; que la seule différence qui existe entre les deux consiste en ce que la plus ancienne était soumise, comme nous venons de le dire, à une condition suspensive, tandis que la plus récente transféra irrévocablement la propriété de l'assurance le jour où les parties furent convaincues que l'emprunteur ne pouvant restituer ses titres au prêteur, la condition suspensive était rendue impossible et n'avait plus d'objet. A partir de ce moment, le second acte rétroagissait à la date du premier et ne garantissait pas, par suite, UN PRÊT ANTÉRIEUR, d'où la conséquence qu'il ne tombait pas sous le coup de l'article 446 du Code de commerce.

18. La seconde question, résolue par la Cour, n'est pas dépourvue d'intérêt. Elle décide que le transport de créance, bien que non enregistré, fait foi de sa date, non-seulement vis-à-vis de celui qui l'a souscrit, mais encore au regard de ses créanciers qui ne sont que SES AYANTS CAUSE, pourvu que cet acte ne puisse pas être *argué de fraude*, et qu'il soit *antérieur à toute cessation de payements.*

Dans l'espèce, la plus entière loyauté avait présidé à l'acte de cession, et à l'époque où il intervint (1er décembre 1870), Dupont était *in bonis*, puisque le jugement qui le déclare en état de faillite en fixe l'ouverture au 8 mai 1871.

19. Il n'y avait donc plus qu'à se demander en droit si les créanciers du souscripteur d'un acte de transport non enregistré étaient, par rapport à lui, *des tiers* ou seulement des *ayants cause*. S'ils étaient de simples *ayants cause*, l'acte sous seing privé faisait foi de sa date à leur égard, et ils n'étaient pas recevables à en contester l'efficacité, pas plus que ne le serait le souscripteur lui-même (art. 1322 C. civ.).

Digitized by Google

Or, sur ce point, la doctrine et la jurisprudence se prononcent sans hésitation.

M. Larombière, dans son *Traité des obligations*, t. IV, nos 35 et 36, fait à cet égard une distinction fort judicieuse.

« Les créanciers, dit-il, cessent d'être tiers et sont, dans toute la force du mot, des *ayants cause* lorsque, au lieu d'agir en leur nom propre et privé, ils ne font qu'exercer les droits de leur débiteur. Les actes sous seing privé émanés de ce dernier font également foi contre eux.

« Tels sont les CRÉANCIERS D'UNE PERSONNE TOMBÉE EN FAILLITE. Le jugement qui déclare la faillite dessaisit, en effet, seulement le failli de l'administration de ses biens et en saisit la masse des créanciers, sans leur conférer, contre les tiers qui ont, avant la faillite, traité de bonne foi avec le failli, aucun droit qu'en leur qualité de créanciers ils n'auraient pas acquis auparavant. Lors donc qu'ils n'attaquent point comme frauduleux les actes sous seing privé faits par le failli avant la déclaration de sa faillite, et qu'ils n'excipent d'aucun droit antérieur, *personnel* ou *réel*, qui leur appartienne en propre et distinctement de ceux de leur débiteur, dans ce cas, ils agissent simplement COMME AYANTS CAUSE du failli, dont ils se bornent à exercer les droits et actions par le ministère des syndics. En cette qualité d'*ayants cause*, ils ne peuvent opposer aux tiers qui ont traité avec le failli, *avant sa faillite*, aucun défaut de date certaine dont ce dernier n'aurait pas été lui-même recevable à se prévaloir. »

20. La troisième question tranchée par la Cour était celle de savoir si une cession *pure* et *simple* de créance constituait un contrat synallagmatique, ou seulement un acte unilatéral. Dans la première hypothèse, le contrat aurait été entaché de nullité pour n'avoir pas été rédigé en double original. Telles sont les dispositions formelles de l'article 1325 du Code civil, tandis que si l'acte était unilatéral, il échappait à toute critique.

Le syndic Dupont, dont les efforts redoublés tendaient à rendre inefficaces dans les mains de Gignoux les deux cessions dont il était porteur, n'avait eu garde de négliger cette partie de son argumentation.

L'arrêt condamne ce système, en premier lieu parce qu'il décide qu'une cession pure et simple de créance constitue

Digitized by Google

un acte unilatéral non astreint à la formalité du fait double;

En second lieu, parce que le défaut de mention que l'acte a été fait double serait un moyen de nullité dont les parties seules pourraient se prévaloir, tandis que les tiers n'auraient pas qualité pour l'invoquer.

21. Le défaut de mention que l'acte a été fait double, dit M. Dalloz dans son *Répertoire de jurisprudence*, v° OBLIGATIONS, n° 4048, ne peut être invoqué par les tiers auxquels l'acte est opposé; c'est là un moyen dont les parties seules peuvent se prévaloir. L'auteur cite un arrêt de la Cour de Paris qui a adopté les mêmes principes. Elle a jugé que l'acte sous seing privé portant cession de droits successifs, mais dépourvu de la mention du fait double, peut être opposé à un tiers qui détient les biens faisant partie de la succession, sans que ce tiers puisse argumenter du défaut de mention : « Considérant, porte l'arrêt, que les parties con-« tractantes pourraient seules argumenter de ce défaut de « mention. »

22. La Cour avait enfin à réfuter un dernier moyen que le syndic voulait faire résulter du défaut de signification du transport, à une époque où le cédant était encore *in bonis*.

L'arrêt décide que la signification du transport peut être valablement faite jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite, sans qu'il soit nécessaire que l'acte de cession ait acquis date certaine avant la cessation des payements. Il suffit que cette cessation ait été ignorée du cessionnaire et qu'il ait agi sans fraude.

Il y a, sur ce point, une jurisprudence très-fortement établie (Cass., Dalloz 1847, 1, 134; 48, 1, 181; Sirey, 62, 1, 865).

La Cour se détermine, en outre, par un moyen de fait. Elle juge que, sans doute, le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur; mais elle ajoute que la cession de 1871, qui n'est que la confirmation de celle de 1870, ayant été signifiée, cette signification avait remplacé et, par suite, rendu inutile et sans objet la notification de l'acte de 1870.

Les diverses solutions qui précèdent nous paraissent reposer sur les véritables principes; aussi considérons-nous l'arrêt comme étant à l'abri d'une critique sérieuse.

PARADAN.

Digitized by Google

ORDONNANCES SUR REQUÊTE,

Par M. Bertin, avocat à la Cour d'appel de Paris,
ancien rédacteur en chef du *Droit*.

Il nous a paru utile de déterminer d'une manière juridique les principes qui régissent les ordonnances sur requête, les règles de compétence en cette matière et les voies de recours ouvertes aux parties lésées par l'exercice du pouvoir discrétionnaire du magistrat qui a reçu de la loi la délicate et difficile mission de statuer sur requête. C'est dans ce but que nous avons publié en 1874 un volume ayant pour titre : *Ordonnances sur requête.*

Nous espérions que ce travail donnerait lieu à des contradictions qui nous permettraient de vérifier, à nouveau, l'exactitude de nos doctrines, de les modifier et même de les abandonner en tout ou en partie, s'il y avait lieu.

Notre espérance s'est réalisée ; deux jurisconsultes, M. Cazalens, dans le *Recueil d'arrêts* de Dalloz, année 1875, p. 73, 105 et 137, M. Bazot, président de chambre à la Cour de Chambéry, dans la *Revue critique de législation*, année 1875, p. 225 et 340, ont publié des travaux importants dans le but de mettre un terme aux regrettables et incessantes contradictions de la jurisprudence en matière d'ordonnances sur requête.

Nous examinerons séparément cette double publication.

Doctrine de M. Cazalens.

M. Cazalens estime que l'ordonnance sur requête peut être attaquée par la voie de l'opposition formée contre cette ordonnance et portée devant le président qui l'a rendue; il signale en ces termes les avantages de ce procédé :

« Les ordonnances sur requête peuvent-elles être l'objet *d'un recours direct*, par voie contentieuse, de la part de celui qui, tout en reconnaissant que le juge est resté dans la limite de ses pouvoirs, prétend que celui-ci a inexactement apprécié son droit et ses intérêts?

« Cette question doit, selon nous, être résolue par une distinction. L'étude attentive de la matière conduit à reconnaître deux

Digitized by Google

catégories d'ordonnances : les unes qui n'impliquent l'appréciation et la reconnaissance, même provisoire, d'aucun droit sujet à la contestation, ne peuvent, par leur nature et leurs effets, causer aucun préjudice, notamment les ordonnances qui fixent le jour de l'ouverture d'une enquête, celles qui commettent un nouveau rapporteur dans les instructions par écrit, celles qui désignent un huissier pour signifier un acte, celles qui autorisent la femme à citer en conciliation, préalablement à la demande en séparation de corps;

« Les autres, en bien plus grand nombre, qui ont à apprécier le droit prétendu par le requérant pour savoir s'il convient d'en refuser ou d'en autoriser l'exercice et qui peuvent être la cause d'un préjudice souvent très-grave, soit pour le requérant, soit pour le tiers intéressé en cas d'autorisation, notamment les ordonnances qui permettent une *saisie-arrêt, une saisie conservatoire, une saisie-revendication, une saisie-gagerie;* celles qui envoient ou refusent d'envoyer en possession un légataire universel, qui attribuent à l'un des époux la garde provisoire des enfants.

« En ce qui touche les premières, pas de difficultés, l'intérêt étant la base des actions, il ne saurait y avoir recours contre les décisions dont l'exécution ne peut causer aucun préjudice.

« En ce qui concerne, au contraire, les secondes, les nécessités d'un recours se justifient par cette raison de droit et d'équité, à savoir qu'une partie peut toujours attaquer une décision à laquelle elle n'a pas été mise en demeure de se défendre.

« De ces définitions il résulte, ainsi que M. Henrion de Pansey l'a expressément remarqué, que le caractère distinctif des juridictions gracieuse et contentieuse sont au nombre de deux : l'une principale, parce qu'elle est tirée de la nature même de la demande, l'autre accessoire parce qu'elle ne dépend que de la forme en laquelle elle est introduite.

« Le premier tient à ce que la *juridiction gracieuse* s'exerce *inter volentes*, c'est-à-dire à l'égard des parties d'accord sur la mesure sollicitée, tandis que la *juridiction contentieuse* s'exerce *inter invitos*, c'est-à-dire sur des demandes qui, par leur nature et leurs effets, provoquent la contradiction et suscitent un adversaire intéressé à les contester.

« Le second est tiré de ce que les actes de la juridiction gracieuse interviennent, *sine causæ cognitione*, sur les seuls dires du requérant, tandis que les décisions émanées de la juridiction contentieuse sont rendues en pleine connaissance de cause, après débat contradictoire entre les parties, dont l'une a cité l'autre devant le juge.

« De ces deux conditions il est clair que la première ne se rencontre pas dans les ordonnances de la seconde catégorie que nous avons distinguée plus haut.

Digitized by Google

« Lorsque le juge permet une saisie, ordonne un envoi en possession, nomme un séquestre, confie à l'un des époux la garde des enfants, de telles mesures indiquent nécessairement, à raison de l'appréciation qu'elles comportent et du préjudice qui peut en résulter, la contradiction et non l'adhésion du tiers qu'elles concernent.

« A ce premier point de vue ces sortes d'ordonnances appartiennent donc à la classe des actes qui procèdent *de la juridiction contentieuse.*

« C'est par la nature de l'objet demandé et de la décision rendue que se résout la question de savoir si un recours est ou non possible.

« En ce qui concerne la seconde condition, il convient de faire remarquer que le juge ne répond pas ou peut ne pas répondre à la requête sans en avoir vérifié le mérite, et qu'il n'est pas, en conséquence, complétement exact de dire qu'il statue *sine causæ cognitione.* »

M. Cazalens connaît trop bien les dispositions de la loi qui réglementent le droit d'opposition pour admettre ce droit à l'encontre des actes de la juridiction gracieuse. Il croit devoir diviser les ordonnances sur requête en deux catégories; la première comprend les ordonnances qui, suivant lui, ne peuvent porter aucun préjudice aux tiers; il classe dans la seconde les ordonnances qui peuvent être préjudiciables.

Il est utile de faire observer que cette classification est bien difficile à établir et qu'on risque fort de se tromper, lorsqu'on déclare que telle ordonnance rendue sur requête ne peut porter aucun préjudice aux tiers. Au nombre des quatre ordonnances signalées par M. Cazalens, comme ne pouvant porter préjudice aux tiers, il cite celle par laquelle le président autorise une femme à citer son mari en conciliation, préalablement à la demande en séparation de corps. Si la citation en conciliation a été donnée, par suite de l'autorisation, devant un président incompétent pour procéder à la tentative de conciliation, est-ce que le mari n'a pas intérêt à demander la nullité de cette citation?

L'arrêt de la Cour de Caen du 7 mars 1873 (D., 1875, 2, 137), qui admet le système de M. Cazalens et sa division des ordonnances de référé en deux catégories différentes, a tenté d'indiquer quelles étaient les ordonnances qui ne *pouvaient porter préjudice aux tiers;* il cite celles qui désignent

Digitized by Google

les officiers publics ou ministériels devant procéder à une mission déterminée, *les abréviations de délai.*

Il nous paraît incontestable que les parties, en l'absence desquelles la désignation aura été faite, auront souvent intérêt à contester cette désignation qui, dans certaines circonstances, peut leur être préjudiciable par des motifs que le président n'a pu apprécier. S'il est un droit important, c'est évidemment celui résultant des dispositions de la loi qui accordent, à celui qui est appelé en justice, l'espace de temps nécessaire pour préparer sa défense. Le législateur a, dans le cas d'urgence, autorisé le président à abréger les délais ordinaires. Est-il possible de contester que cette abréviation des délais ne soit grandement préjudiciable à celui qui est obligé de la subir?

Ces indications sommaires démontrent combien est dangereuse et périlleuse la classification des ordonnances sur requête en ordonnances préjudiciables et non préjudiciables.

Ce qui est vrai, c'est que les ordonnances sur requête sont *toutes* ou peuvent devenir préjudiciables pour les intérêts des tiers.

M. de Peyramont, conseiller à la Cour de cassation, a dit, avec raison, dans son rapport présenté à la chambre des requêtes, à l'occasion du pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Paris du 6 janvier 1066: « *Évidemment il n'est pas une seule* de ces mesures qui n'appelle la contradiction et ne suppose un défendeur, et l'on peut dire qu'il n'est presque pas de cas où la loi autorise l'ordonnance sur requête, où les mesures requises ne présentent ce caractère d'appeler et de provoquer la contradiction par suite du préjudice souvent irréparable qu'elles peuvent causer. » (*Journal du palais*, 1868, p. 154.)

Suivant M. Cazalens, c'est *par la nature de l'objet demandé*, que se résout la question de savoir si la décision est régie par les principes de la *juridiction gracieuse* ou par ceux de la *juridiction contentieuse.*

Si la décision peut porter préjudice aux intérêts d'un tiers, elle est soumise aux règles de la juridiction contentieuse; peu importe qu'elle ait été rendue sur requête, ou après assignation et débats contradictoires; dans l'un comme dans

Digitized by Google

l'autre cas, la décision est contentieuse et dès lors soumise aux voies de recours de l'opposition et de l'appel.

M. Cazalens, en bon logicien, ne recule pas devant les conséquences de son système, et il n'hésite pas à déclarer que les ordonnances sur requête qui autorisent les *saisies-arrêts, conservatoires* et *gageries*, *les envois en possession*, etc. sont des actes de la juridiction contentieuse et dès lors soumis aux voies de recours ordinaires.

Il est vrai que l'opposition a été admise contre certaines ordonnances sur requête, par plusieurs arrêts de Cour d'appel et même de la Cour de cassation; cette opposition devait être portée, suivant les uns, devant le tribunal; suivant les autres, devant le président qui avait rendu l'ordonnance; mais personne n'avait jusqu'ici soutenu que la *saisie-arrêt*, pratiquée par suite d'*une permission* accordée, sur requête, par le président pouvait être attaquée par la voie de l'opposition.

De ce que la division des ordonnances sur requête en deux catégories régies, les unes par la juridiction gracieuse, les autres par la juridiction contentieuse, est une nouveauté qui a eu pour conséquence logique l'application aux saisies de voies de recours, auxquelles personne n'avait songé, il n'en résulte pas, pour nous, que cette nouveauté doive être repoussée sans examen. M. Cazalens a pu invoquer à l'appui, non de sa doctrine par suite de laquelle il divise les ordonnances sur requête en deux catégories de nature différente, mais du droit d'opposition auquel cette doctrine aboutit, des autorités importantes et notamment plusieurs arrêts de la Cour de cassation.

Il est vrai que par arrêt du 4 janvier 1841 (P., à sa date), la Cour de cassation a jugé que l'ordonnance sur requête « n'ayant pas été attaquée *par aucun des moyens indiqués par la loi*, était devenue irréfragable et par cela même élevait une fin de non-recevoir insurmontable contre les critiques adressées à l'assignation ».

Cet arrêt aurait rendu un grand service aux jurisconsultes, aux magistrats et aux praticiens s'il avait bien voulu indiquer les dispositions de la loi qui déterminent les voies de recours *contre l'ordonnance sur requête*.

Le rapport de M. Troplong, alors conseiller, démontre

Digitized by Google

combien il était difficile pour lui et pour ses collègues de fournir, à cet égard, des explications quelconques. On lit, en effet, dans le rapport de M. Troplong, le passage suivant reproduit par le *Journal du palais:*

« Vous savez qu'il y a trois systèmes sur la voie à prendre pour faire réformer les ordonnances de la nature de celles dont il s'agit : les uns ont prétendu qu'il fallait y faire opposition et porter cette opposition devant le tribunal ; d'autres ont pensé qu'il fallait en interjeter appel et porter le débat devant la Cour ; enfin un dernier système voudrait que le recours en cassation fût seul ouvert ; mais, quoi qu'il en soit de cette difficulté, *que nous ne voulons pas examiner*, toujours est-il certain qu'on n'a pris aucune de ces voies, que l'ordonnance n'a pas été frappée d'aucun recours QUELCONQUE ; c'est là une grave objection contre le pourvoi. »

L'arrêt de la Cour de cassation du 25 juillet 1854 (P., 1854, 2, 250) décide que celui qui a été assigné à bref délai en vertu d'une ordonnance sur requête, « avait le droit d'attaquer et de soumettre au tribunal *la validité de l'ajournement qui l'appelait devant lui* et de critiquer, comme contraire aux lois, l'*ordonnance* en vertu de laquelle cet ajournement avait eu lieu ».

Il annule l'arrêt attaqué par le motif qu'il a rejeté « la demande en nullité formée contre lesdites *ordonnances* et *assignations* ».

L'arrêt du 25 juillet 1854 admet, *non l'opposition contre l'ordonnance*, mais la demande en nullité tant contre l'assignation à bref délai que contre l'ordonnance abréviative des délais.

L'arrêt de la Cour de cassation du 24 avril 1844 dispose que : « nulle loi ne s'oppose à ce que l'héritier légitime porte *son opposition à l'ordonnance d'envoi en possession* devant le magistrat qui l'a reçue et lorsqu'il se borne à réclamer des mesures provisoires qui n'excèdent par les limites d'un RÉFÉRÉ et que l'*ordonnance contradictoire* qui intervient, en pareil cas, est susceptible d'appel comme le serait toute autre ordonnance rendue sur référé ».

Cet arrêt admet en réalité l'opposition a l'exécution de l'ordonnance sur requête et le recours devant le *juge des référés* pour obtenir la révocation de la mesure autorisée.

Digitized by Google

Du rapprochement de ces trois arrêts, il résulte de singulières contradictions : le premier déclare que la partie lésée par l'ordonnance sur requête, doit se pourvoir contre cette ordonnance, sans indiquer par quel moyen le recours peut être exercé ; le second décide que l'ordonnance doit être attaquée par demande en nullité portée devant le tribunal ; le troisième soutient que l'opposition doit être soumise au juge des référés.

Aucun de ces trois arrêts n'admet le système de M. Cazalens, suivant lequel l'opposition à l'ordonnance sur requête doit être portée *devant le président* qui a rendu cette ordonnance. Un quatrième arrêt de la Cour de cassation du 26 novembre 1867 (P., 1868, 153) décide, contrairement à l'arrêt de la même Cour du 25 juillet 1854, que les parties intéressées n'ont pas le droit de demander au tribunal de première instance l'*annulation des ordonnances rendues sur requête*, au surplus, voici le texte de l'arrêt :

« Attendu que, quelle que soit en principe l'étendue du pouvoir confié par la loi au président du tribunal civil, à l'égard des mesures urgentes qui lui sont demandées par voie de requête, aucune disposition n'autorise les parties, qui pourraient en souffrir, *à demander directement au tribunal l'annulation des ordonnances ainsi rendues ;* qu'il serait aussi contraire à la dignité de la justice qu'à l'ordre des juridictions, qu'un tribunal pût être rendu juge de la légalité des actes du magistrat qui est placé à sa tête.

« Attendu que tel etait l'objet de la demande par laquelle Gibiat, *sans se borner à en conclure au principal à la suspension de l'exécution des mesures ordonnées, ou à la réparation des conséquences de cette exécution*, a requis directement et expressément L'ANNULATION DE L'ORDONNANCE du 2 décembre 1865 ; d'où il suit que, en confirmant le jugement du 5 décembre, par lequel le tribunal de la Seine s'était déclaré incompétent pour connaître de cette demande, l'arrêt n'a violé aucune loi. »

Cet arrêt, contraire aux précédents arrêts de la Cour de cassation, consacre le système que, en 1866, nous avons proposé dans une brochure publiée à l'occasion de l'arrêt de la Cour de Paris du 6 janvier de la même année, et dans laquelle nous avons soutenu que l'ordonnance sur requête ne pouvant,

Digitized by Google

à raison de sa nature et des circonstances dans lesquelles elle intervient, constater le droit et en ordonner la mise à exécution, la mesure autorisée devait *seule* être attaquée par action principale et, en cas d'urgence, par le recours devant le juge des référés.

Tel est le dernier état de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Les principes que l'arrêt du 26 novembre 1867 a consacrés ont été lumineusement précisés et appliqués, en matière d'adoption, par l'arrêt de cassation rendu le 26 novembre 1825, sous la présidence de M. Henrion de Pansey; cet arrêt est ainsi conçu :

« Attendu que la chose jugée ne saurait résulter d'un simple acte de juridiction volontaire ou gracieuse, intervenu *inter volentes* et par conséquent être opposée aux tiers pour empêcher de prononcer, *inter nolentes*, *sur la question de validité de l'acte*, TOUJOURS *susceptible* d'être querellé par ceux qui sont intéressés à le faire annuler. »

Deux arrêts de la Cour de cassation des 24 août 1831 (P., à sa date; S., 1831, 1, 321), 19 mars 1856 (P., 1857, 2, 557; S., 1856, 1,685) ont implicitement admis la demande en nullité de l'adoption par l'action principale et sans que la décision judiciaire qui, *sur requête*, avait déclaré l'adoption valable, ait été attaquée d'une manière quelconque.

M. Cazalens déclare que « il ne peut attacher qu'une importance secondaire aux arguments d'analogie; que celui que nous tirons des règles suivies, en matière d'adoption, est dépourvu de toute valeur ».

« Nous croyons, ajoute-t-il, avec M. Bertin, et conformément à l'opinion dominante, que la nullité de l'adoption peut et doit être proposée par voie d'action principale ou d'exception, devant le tribunal de première instance compétent et non par voie de recours contre l'arrêt qui a homologué l'adoption (Aubry et Rau, 4e édition, t. VI, § 558); mais quel rapport y a-t-il entre un tel arrêt et les ordonnances dont il a parlé? Il n'y en a aucun. L'arrêt d'adoption, rendu sur la demande des deux parties, dont il ne fait en définitive qu'authentiquer l'accord préalable, est de la juridiction gracieuse ou volontaire, la plus caractérisée qui se puisse concevoir; cet arrêt n'est donc pas susceptible de passer en force de chose jugée. »

Digitized by Google

Quoi qu'en dise M. Cazalens, nous maintenons que les principes consacrés, en matière d'adoption, sont applicables aux ordonnances sur requête, par la raison que ces ordonnances, ainsi que les décisions de la chambre du conseil, *rendues sur requête*, sont régies par les principes de la juridiction gracieuse et que l'argument que nous avons tiré des règles consacrées par la jurisprudence, en matière d'adoption, est, suivant nous, considérable et décisif alors qu'il s'agit de savoir si la mesure autorisée, par ordonnance sur requête, peut être attaquée indépendamment de l'ordonnance qui l'a constituée.

Nous développerons davantage les indications que nous venons de donner sur l'identité des principes qui régissent les ordonnances sur requête et les décisions de la chambre du conseil, alors que nous examinerons la doctrine de M. Bazot.

Pour justifier sa théorie, M. Cazalens soutient que « l'ordonnance sur requête, *intervenue en l'absence et au préjudice de la partie contre laquelle elle a été sollicitée, est un acte de* JURIDICTION CONTENTIEUSE, une véritable décision susceptible d'acquérir, quant à la mesure provisoire qu'elle autorise, l'*autorité de la chose jugée* ».

Nous avons déjà fait observer que ces affirmations nouvelles sont en contradiction manifeste, non-seulement avec les opinions des auteurs et les décisions de la magistrature, mais avec des principes incontestables et incontestés desquels il résulte que *toutes les décisions rendues sur requête* sont non contentieuses, ne peuvent avoir l'autorité de la chose jugée et sont régies par les principes de la juridiction gracieuse.

Si nous nous plaçons en présence de la théorie de M. Cazalens qui classe les ordonnances sur requête en deux catégories différentes : les unes ne pouvant porter aucun préjudice et appartenant à la juridiction gracieuse, les autres préjudiciables aux tiers et dès lors régies par les principes de la juridiction contentieuse, nous avons peine à comprendre qu'il donne une adhésion complète à la doctrine et à jurisprudence qui proclame que, lorsqu'il s'agit d'attaquer une adoption, sanctionnée par une double décision des chambres du conseil, du tribunal et de la Cour, on devra se

Digitized by Google

pourvoir, devant le tribunal, en nullité de l'adoption, sans attaquer les deux décisions judiciaires qui ont déclaré valable cette adoption.

Il n'est pas contestable que les décisions judiciaires rendues, dans ce cas, par le tribunal et par la Cour portent un préjudice considérable à l'héritier naturel qui se trouve ainsi privé d'une succession que la loi l'appelait à recueillir.

Comment M. Cazalens pourrait-il expliquer, en présence d'un préjudice certain, incontestable qui, suivant lui, attribue à la décision judiciaire le caractère contentieux, que le tiers intéressé soit dispensé d'attaquer les décisions qui ont déclaré l'adoption valable et que la demande en nullité doit être dirigée seulement contre l'adoption.

M. Cazalens, assimilant complétement les ordonnances sur requête préjudiciables pour les tiers aux ordonnances de référé, soutient que ces ordonnances sont identiques et produisent les mêmes effets; que l'ordonnance sur requête est exécutoire par provision et avec assistance de la force publique.

Nous avons soutenu et nous maintenons que *toutes* les ordonnances sur requête sont d'une nature différente de celle de l'ordonnance de référé, qu'il y a une différence considérable entre les effets de ces deux ordonnances.

Lorsque le président statue sur requête, il fait acte d'administration judiciaire et non de juridiction contentieuse; il *autorise*, il *permet*, ainsi que le déclarent les articles 72, 417, 558 et 909 du Code de procédure, que certains faits se produisent; il n'*ordonne* pas l'exécution de la mesure autorisée; sa *permission* ne peut être et n'est jamais accompagnée de la formule prescrivant l'exécution provisoire à l'aide de la force publique.

L'ordonnance de référé est exécutoire par provision (C. pr., art. 809); elle est suivie de la formule : *Mandons et ordonnons*, etc.; s'il survient un obstacle à l'exécution, cette exécution doit avoir lieu avec l'assistance de la force publique.

Si une opposition est formée à l'exécution d'une ordonnance sur requête, l'exécutant et l'opposant doivent se transporter devant le juge des référés qui, après débat contra-

Digitized by Google

dictoire, apprécie la légitimité de la mesure autorisée, de l'exécution tentée et rend, en référé, une sentence exécutoire par provision.

C'est pour avoir méconnu la nature et les effets de l'ordonnance sur requête, que la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ont, dans les arrêts de l'affaire Gibiat des 6 janvier 1866 et 26 novembre 1867, déclaré que le président du tribunal de la Seine avait excédé la limite de ses pouvoirs en autorisant, *sur requête*, les nouveaux administrateurs de la société des journaux réunis à expulser, *manu militari*, les anciens gérants de cette société, et *ce nonobstant tout recours en référé*.

M. Cazalens a tenté d'adapter à son système de la division des ordonnances sur requête en deux catégories, la formule du droit romain, acceptée par tous, comme donnant une définition juridique des actes de la juridiction volontaire ou gracieuse et de ceux de la juridiction contentieuse. Cette formule est ainsi conçue :

Jurisdictio recte dividitur in voluntariam, quæ inter volentes et sine causæ cognitione exercetur et contentiosam quæ inter invitos et litigantes cum causæ cognitione explicatur.

M. Cazalens estime que la condition *inter volentes* n'existe que lorsque l'ordonnance sur requête ne peut léser les intérêts des tiers ; que celui sur les valeurs duquel on demande à pratiquer une saisie ne peut être classé dans la catégorie des *volentes ;* qu'il doit être placé dans celle des *invitos* parce qu'il ne peut vouloir qu'on saisisse ses biens.

M. Cazalens oublie que le jurisconsulte romain n'exige pas seulement, comme condition constitutive de la juridiction contentieuse, qu'elle s'exerce *inter invitos* puisqu'il ajoute et *litigantes ;* il nous paraît bien difficile que M. Cazalens puisse soutenir que le tiers sur les biens duquel une saisie doit être pratiquée, en vertu d'une ordonnance rendue sur requête et à son insu, appartient d'une manière quelconque à la classe de ceux qui peuvent recevoir la qualification de *litigantes*.

Suivant M. Cazalens, la condition de *cum causæ cognitione* s'accomplit alors que le président, statuant sur requête, entend les explications données par le requérant et, suivant

Digitized by Google

la nature et l'importance de ces explications, accorde ou refuse les autorisations qui lui sont demandées.

Non-seulement cette interprétation du texte romain est nouvelle, mais elle est en contradiction manifeste avec celle qui a été donnée par la doctrine et la jurisprudence. Il est unanimement reconnu que le *inter volentes* s'applique exclusivement à la personne ou aux personnes qui se présentent devant le président et lui demandent la permission de faire une chose qu'elles ne peuvent faire sans son autorisation.

Le *sine causæ cognitione* a toujours et partout été entendu en ce sens que le président, ne pouvant entendre que les explications de l'une des parties intéressées, il lui était impossible, en l'absence de la contradiction de la partie adverse, de statuer en connaissance de cause, ainsi que le fait le juge lorsqu'il se trouve en présence d'un débat qui lui fournit tous les éléments de solution.

Nous pourrions faire beaucoup de citations pour justifier les courtes observations que nous venons de présenter; nous nous bornerons à en indiquer une seule.

M. Henrion de Pansey, dans son ouvrage sur l'organisation judiciaire, chapitre XIV, a écrit :

« Le juge exerce la juridiction contentieuse toutes les fois qu'il prononce sur des intérêts opposés, *après débats contradictoires* entre les parties dont l'une a cité l'autre à son tribunal.

« *Tout ce qui se fait*, sur la demande d'une seule personne ou sur celle de plusieurs d'*accord entre elles et sans contradiction*, appartient à la juridiction volontaire. »

La juridiction volontaire ou gracieuse a donc sa raison d'être et sa base, non dans la nature et les résultats de la mesure autorisée, mais dans les moyens à l'aide desquels cette mesure est obtenue; lorsqu'il a été procédé, non par assignation, mais par requête, lorsque la partie intéressée à contester n'a pas été mise en demeure de défendre ses intérêts, lorsque le président n'a pas entendu et n'a pu entendre l'adversaire du réquerant, la mesure autorisée constitue *un acte d'administration judiciaire* qui, à raison de sa nature, ne saurait être attaqué par les voies de recours, ouvertes seulement contre les actes appartenant à la juridiction contentieuse; les tiers dont les intérêts ont été lésés par la

Digitized by Google

mesure *autorisée sur requête,* peuvent attaquer *cette mesure* par action principale portée devant le tribunal et, en cas d'urgence, devant le juge des référés; il doit en être ainsi, puisque l'ordonnance sur requête, ne pouvant, en aucune circonstance, constituer la *chose jugée,* ne saurait dès lors créer une fin de non-recevoir contre l'action du tiers lésé qui, pour la première fois, provoque le litige et demande au *juge* d'apprécier et de juger *au contentieux*, après mise en demeure et débat contradictoire, ce qui a été *administrativement* apprécié sur requête, en l'absence de l'une des parties intéressées, et sous la réserve de tous les droits des tiers.

Telle est la doctrine que nous avons soutenue dans une brochure publiée en janvier 1866 à l'occasion de l'arrêt de la Cour de Paris du 6 du même mois, dans des brochures postérieures et dans le volume *Des ordonnances sur requête*, publié en 1874.

Cette doctrine a été patronnée devant la Cour de cassation par M. l'avocat général Paul Fabre, dans ses conclusions données à la chambre des requêtes dans l'affaire Gibiat; elle l'a été dans les conclusions présentées à la chambre civile par M. de Raynal, premier avocat général (*Journal du palais*, 1866, p. 153, et la note).

M. Gilardin, premier président à la Cour d'appel de Paris, M. Blanche, premier avocat général à la Cour de cassation, M. Sallé, conseiller à la même Cour, M. Gallois, conseiller honoraire de la Cour de Paris, ont donné, dans les comptes rendus de notre ouvrage *Des ordonnances sur requête*, une complète adhésion au mode de recours que nous avons signalé en matière d'ordonnance sur requête. (V. *Gazette des tribunaux* des 3-4 août 1874; journal *le Droit* du 12 août 1874; *Journal officiel* du 19 novembre 1874; *Moniteur universel* du 9 février 1875.)

Ce n'est pas par un sentiment de vanité, qui serait puéril, que nous venons de faire ces citations, mais parce que les autorités que nous venons de citer peuvent contribuer à la mise en pratique d'un système dont le résultat sera de mettre un terme aux variations si regrettables de la jurisprudence et aux tentatives si nombreuses qui ont été infructueusement faites pour trouver un moyen quelconque d'attaquer l'*ordonnance sur requête*. Toutes ces tentatives ont échoué et échoue-

Digitized by Google

ront fatalement par l'excellente raison que l'ordonnance *sur requête*, ainsi que la décision de la chambre du conseil, *rendue sur requête*, sont, *à raison de leur nature*, inattaquables et irréformables.

Aux citations précédemment faites des autorités favorables à notre système, nous devons ajouter les arrêts de la Cour de cassation, précédemment cités, des 22 novembre 1825, 24 avril 1844, 16 mai 1860, et notamment l'arrêt du 26 novembre 1867, par lequel la Cour de cassation décide que le tiers, dont les intérêts ont été lésés par l'ordonnance rendue sur requête, *doit se borner à conclure à la suspension de l'exécution des mesures autorisées et à la réparation des conséquences de cette exécution.*

Voir en outre Troplong, *Donations et testaments*, t. IV, n° 1826; Demolombe, t. XX, n°s 511, 512 et 514.

Doctrine de M. Bazot,
Président de chambre à la Cour d'appel de Chambéry.

Nos observations sur la doctrine de M. Bazot seront beaucoup moins étendues que celles qui précèdent, par la raison que le savant magistrat accepte complétement notre système, en ce qui concerne la distinction à établir entre l'ordonnance sur requête et la mesure autorisée, l'impossibilité d'attaquer cette ordonnance par les voies de recours ordinaires, et le droit pour les tiers de se pourvoir directement contre cette mesure par assignation devant le juge des référés.

La seule différence qui existe entre le système de M. Bazot et le nôtre consiste en ce que le président de la Cour de Chambéry ne croit pas devoir classer l'ordonnance sur requête dans la catégorie des actes de la juridiction gracieuse, mais dans celle qu'il qualifie : *Juridiction discrétionnaire.*

En janvier 1866, nous avons cru devoir combattre la doctrine nouvelle par suite de laquelle un arrêt de la première, chambre de la Cour de Paris du 6 janvier 1866 avait jugé que le président du tribunal n'*était compétent pour statuer sur requête* qu'autant que la mesure sollicitée ne devait pas rencontrer de contradicteur.

Il nous paraissait nécessaire de discuter immédiatement une doctrine, suivant nous, antijuridique et dangereuse;

Digitized by Google

nous n'avons pas eu le temps nécessaire pour préciser, aussi exactement qu'il était possible, la nature de l'ordonnance sur requête, les pouvoirs du président et les voies de recours ouvertes aux parties intéressées à contester la mesure autorisée. En janvier 1866, nous avons, dans le journal *le Droit*, publié plusieurs articles réunis dans une brochure. Depuis, dans les brochures postérieures et notamment dans notre ouvrage *Des ordonnances sur requête*, édité en 1874, nous avons modifié et même supprimé plusieurs propositions accessoires, tout en maintenant le système général que nous avions soutenu en 1866; c'est ainsi que nous avons cru devoir abandonner, dans nos dernières publications, le recours devant le président, par voie de requête présentée par la partie intéressée et le pourvoi en cassation que M. Bazot déclare, avec raison, inadmissible.

Nous n'avons pas la sotte prétention de nous croire infaillible ; et nous serons heureux que la discussion de jurisconsultes compétents, comme MM. Cazalens et le président Bazot, nous fournisse les moyens soit de modifier les parties accessoires de notre doctrine, soit d'en faire l'abandon complet s'il nous est démontré qu'elle n'est pas juridique.

Nous allons immédiatement démontrer à M. le président Bazot notre sincérité à cet égard.

Nous avons dit dans nos différentes publications et même dans notre volume de 1874, que l'ordonnance sur requête constituait *un acte, non de juridiction, mais d'administration.* M. le président Bazot affirme que l'ordonnance sur requête constitue *un acte de juridiction,* par le motif que l'acte d'administration ordinaire peut être rétracté, et que le président ne saurait modifier et, à plus forte raison, annuler l'ordonnance qu'il a rendue sur requête.

M. Bazot ajoute que le président ne saurait refuser de statuer sur la requête qui lui est présentée sous peine de contrevenir à l'article 506 du Code de procédure qui dispose qu'il a y déni de justice lorsque les juges *refusent de statuer* sur les requêtes qui leur sont présentées.

De ces différents motifs, le président de la Cour de Chambéry conclut, avec raison, que dans les cas où le président statue sur requête, il fait *acte de juridiction.*

Digitized by Google

Nous avions repoussé cette qualification par le motif que le mot *juridiction* ne pouvait être appliqué qu'à l'acte du juge qui *dit le droit* et ne saurait être étendue à l'ordonnance sur requête rendue par le président qui, par suite des circonstances au milieu desquelles son ordonnance intervient, se trouve dans l'impossibilité de constater l'existence du droit du requérant.

Nous reconnaissons que nous nous sommes trompé; si le président sollicité par requête ne peut *dire le droit*, il n'en exerce pas moins un pouvoir juridictionnel en ce sens qu'il doit accomplir la mission judiciaire que la loi lui a donnée. Ce pouvoir juridictionnel est d'une nature différente de celui qui est donné au juge en matière contentieuse; mais il n'en constitue pas moins un acte de juridiction.

Cette différence est lumineusement déterminée par le jurisconsulte romain qui, après avoir donné la définition de la juridiction volontaire et celle de la juridiction contentieuse, ajoute que la juridiction volontaire est *magis imperii quam jurisdictionis* et que la contentieuse est *magis jurisdictionis quam imperii;* c'est-à-dire que le caractère juridictionnel est principal et dominant pour la *juridiction contentieuse* et accessoire pour la *juridiction volontaire* dont l'attribut essentiel est le pouvoir discrétionnaire et qui n'est juridictionnel que parce qu'il est exercé, en vertu de la loi, par un magistrat.

S'il est vrai que l'ordonnance sur requête est un acte de juridiction, il ne saurait en résulter que la qualification d'*acte d'administration judiciaire* n'appartient pas aux autorisations données par le président du tribunal.

MM. Cazalens et Bazot contestent l'exactitude de cette qualification; nous leur ferons observer que les magistrats ont une double mission à remplir, celle de juger et celle qui consiste à procéder à des actes d'administration.

Lorsque le magistrat est nommé pour faire un règlement d'ordre ou de contribution, lorsqu'il donne acte d'une prestation de serment, lorsqu'il assiste à une audience des criées et déclare adjudicataire le dernier enchérisseur, lorsqu'il dirige le jury d'expropriation, lorsqu'il rend des ordonnances sur requête, il est évident qu'il ne juge pas; s'il ne juge pas, il administre; il ne nous paraît pas pos-

Digitized by Google

sible de qualifier autrement que nous venons de le faire les fonctions que le magistrat remplit en dehors de celles du juge.

Nous sommes en désaccord avec M. Bazot et M. Cazalens sur un autre point.

M. Bazot soutient que c'est à tort que certains auteurs ont déclaré que les *ordonnances sur requête* étaient de même nature que les décisions rendues sur requête par la chambre du conseil et, à ce titre, régies, les unes et les autres, par les règles de la juridiction gracieuse.

« Les décisions de la chambre du conseil, dit M. Bazot, appartiennent incontestablement à la juridiction volontaire; on serait amené à leur assimiler les ordonnances sur requête; or cependant il y a, entre les deux ordres de décisions, plus que des nuances, des *différences profondes et substantielles;* s'il en est ainsi, la classification généralement admise est vicieuse.

« Les chambres du conseil n'interviennent que tout autant que la loi a fait de leurs décisions une condition de la régularité de certains actes; ces décisions sont rendues à la demande d'une seule personne ou de plusieurs d'accord entre elles; non-seulement elles ne sont précédées d'aucun débat contradictoire, mais on *n'entrevoit pas même le conflit possible d'un intérêt opposé; aussi elles ne sauraient jamais porter atteinte aux droits des tiers.* »

M. Cazalens a manifesté la même opinion à peu près dans les mêmes termes :

Nous sommes au nombre de ceux qui ont soutenu et qui soutiennent que les ordonnances sur requête sont de même nature que les décisions rendues, sur requête, par la chambre du conseil et sont régies par les mêmes principes.

Nous avons sur MM. Bazot et Cazalens l'avantage, le seul dont nous puissions nous prévaloir, d'avoir, à la demande de M. le président de Belleyme, recherché et étudié les règles de la chambre du conseil, non-seulement au point de vue théorique, mais aussi dans leurs diverses applications aux cas nombreux qui se produisent dans la pratique judiciaire.

Cette double étude nous a démontré que, très-fréquemment, les décisions de la chambre du conseil ont pour résultat

Digitized by Google

des préjudices pour les droits et les intérêts des tiers. Nous espérons démontrer qu'il en est ainsi à l'aide de preuves qui nous paraissent difficilement contestables.

Aux termes des articles 770 et 773 du Code civil, le conjoint survivant, le domaine et l'enfant naturel peuvent demander à la chambre du conseil l'envoi en possession d'une succession à défaut d'héritiers réclamant cette succession.

L'héritier qui se présente postérieurement à l'envoi en possession judiciairement accordé est-il lésé par cet envoi en possession ?

Une tutrice a été autorisée par la chambre du conseil à vendre à un prix déterminé des actions d'une compagnie industrielle ; postérieurement à la vente on apprend que, par suite d'un concert frauduleux entre la tutrice et un tiers, les actions vendues ont été immédiatement revendues avec un bénéfice considérable.

Les intérêts du mineur ont-ils été lésés par la décision de la chambre du conseil ?

La chambre du conseil peut, en vertu de l'article 46 du Code civil, constater, après enquête, le décès d'un individu que l'on déclare mort dans un naufrage ou dans une insurrection, alors que l'acte de décès n'a pu être dressé. La chambre du conseil de la Seine, qui sait que des demandes de cette nature peuvent être déterminées par des intentions frauduleuses, se montre rigoureuse pour l'admission de ces demandes ; cependant il est certain que des constatations de cette nature, émanées de la chambre du conseil, ont été inexactes.

Il a été démontré notamment qu'un individu que la chambre du conseil du tribunal de la Seine avait déclaré mort dans les journées de décembre 1851, avait péri en 1831 dans un naufrage (chambre du conseil n°s 116 et suivants).

La décision de la chambre du conseil, qui peut avoir pour résultat de priver des héritiers d'une succession leur appartenant, n'est-elle pas de nature à nuire à ceux-ci ?

En matière d'interdiction, la première partie de la procédure est régie par les principes de la juridiction gracieuse ; la chambre du conseil doit décider sur requête, s'il y a lieu de convoquer le conseil de famille pour donner son avis sur l'état mental de la personne dont l'interdiction est demandée

Digitized by Google

et s'il doit être procédé aux formalités préalables à l'assignation.

Le tiers contre lequel la poursuite en interdiction est autorisée par la chambre du conseil, n'est-il pas lésé par la décision qui l'attache au pilori de la procédure et des débats dans lesquels l'insanité de son esprit sera publiquement discutée?

N'a-t-il pas un intérêt considérable à se soustraire à une pareille procédure et à de tels débats?

Nous pourrions citer bien d'autres cas dans lesquels les tiers sont lésés par les décisions de la chambre du conseil; nous nous bornerons à signaler celui de l'adoption.

Est-il possible de contester que l'adoption, qui n'est valable qu'à la condition d'avoir été déclarée telle par une double décision des chambres du conseil du tribunal et de la Cour d'appel, est éminemment préjudiciable à l'héritier que la loi appelait à recueillir une succession dont il est privé par l'adoption?

Au surplus les nombreuses décisions judiciaires qui ont statué sur les réclamations des tiers lésés par les décisions de la chambre du conseil, attestent suffisamment que ces décisions ont été fréquemment préjudiciables à ceux en l'absence desquels elles sont intervenues.

Nous estimons, en présence de *ces faits incontestables*, qu'il est difficile de soutenir que les décisions de la chambre du conseil ne *sauraient jamais porter atteinte aux droits des tiers*.

M. Bazot s'est refusé à classer les ordonnances sur requête dans la catégorie des actes régis par les principes de la juridiction gracieuse, par le motif que ces ordonnances étaient d'une nature différente de celle des décisions de la chambre du conseil, les premières étant préjudiciables aux tiers et les secondes, *jamais*.

S'il est vrai que les unes et les autres sont préjudiciables aux tiers et de même nature, M. Bazot estimera, sans doute, que les mêmes principes régissent l'ordonnance sur requête aussi bien que la décision de la chambre du conseil; il renoncera, en conséquence, à l'innovation qu'il avait proposée et qui consisterait à créer une troisième classe de décisions judiciaires qui, n'appartenant ni à la juridiction gracieuse, ni à la juridiction contentieuse, rendrait fort difficile la dé-

Digitized by Google

termination des règles à suivre alors que le droit romain, notre ancien droit et le nouveau n'ont nullement songé à réglementer la nouvelle juridiction à laquelle M. Bazot a donné la qualification de *discrétionnaire*.

Nous savons combien il est difficile de renoncer à un système que l'on a cru utile et juridique; mais les travaux de M. le président Bazot démontrent qu'il occupe, parmi les jurisconsultes, une place assez élevée pour reconnaître une erreur qui ne peut porter aucune atteinte à la légitime autorité de ses publications. BERTIN.

DE LA MISSION DES ARBITRES DU COMMERCE.

Observations sur l'article de M. Jozon.

Par M. S. MIGNERET, ancien conseiller d'État.

Dans un article consacré à l'examen de la mission des arbitres nommés par les tribunaux de commerce, M. Jozon[1] a établi l'illégalité de l'usage qui a généralisé et interprété la faculté restreinte accordée par l'article 429 du Code de procédure civile aux tribunaux de commerce.

Aux raisons et aux autorités invoquées par l'auteur, on peut ajouter l'opinion adoptée par la commission réunie à la chancellerie, pour préparer la réforme du Code de procédure.

Dans le rapport présenté au nom de cette commission, par M. Greffier au garde des sceaux, on lit

« On reproche depuis longtemps aux tribunaux de faire un véritable abus du droit qui leur est donné de renvoyer les affaires devant arbitres; non-seulement ces renvois entraînent des frais considérables, mais ils constituent, de la part de certains tribunaux des grandes villes, une véritable abdication de leur qualité de juges. Instruction, procédure, réunion des éléments des preuves, motifs des décisions, tout est préparé par l'arbitre, seul et unique juge, qui procède

[1] *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. V, p. 1 et suiv.

[2] *Archives du Conseil d'État*, rapport présenté, etc., distribution du 8 avril 1868, p. 72.

Digitized by Google

et décide dans le secret du cabinet, après avoir entendu, sans être astreint à aucune règle, les parties et les témoins. Si l'on songe qu'il y a peu de procès un peu graves qui ne donnent lieu à un renvoi devant arbitre, on peut facilement comprendre les inconvénients du système et les plaintes qu'il suscite de toutes parts.

« La commission l'a condamné : les arbitres, suivant elle, ne doivent être que des experts, et les dispositions anciennes et nouvelles inscrites au chapitre des expertises suffisent pour assurer aux tribunaux les moyens de s'éclairer sans abdiquer leurs qualités et compromettre leur dignité, et pour donner aux experts les moyens de remplir leur mission sans devenir les arbitres souverains du procès. »

En conséquence, le projet de réforme présenté au Conseil d'État supprimait les articles 429, 430, 431, 432 du Code actuel, et les remplaçait par un article ainsi conçu :

« Art. 366. — Les formalités prescrites par les tribunaux civils aux titres : de la comparution des parties, des visites de lieux, de la prestation de serment, des expertises et des enquêtes, seront communes aux tribunaux de commerce. »

Dans le projet de réforme élaboré en Belgique et soumis à la Chambre des représentants en 1869, la même opinion est énoncée :

« L'article 429, § 1er, a été supprimé sans équivalent. On a abusé de ce renvoi à des arbitres conciliateurs, souvenir d'un autre âge, moyen trop facile pour les juges d'abdiquer leur pouvoir et d'abdiquer leur responsabilité[1]. »

Aussi, sur notre rapport, la section de législation avait adopté l'opinion de la commission de la chancellerie et rédigé, sous les nos 369 et 370 de son projet, les dispositions suivantes.

« Art. 369. — Lorsqu'une affaire nécessitera l'examen de comptes, pièces et registres ou correspondances, qui ne pourra être fait commodément à l'audience, le tribunal pourra ordonner qu'il soit procédé à cet examen en la chambre du conseil et en présence des parties ou de leurs mandataires, aux jour et heure qu'il fixera par son jugement.

« Sur le prononcé de ce jugement, qui ne sera ni levé ni

[1] *Exposé des motifs*, p. 277.

Digitized by Google

signifié, les parties seront tenues de comparaître sans citation, et en cas de non-comparution, il sera passé outre à l'examen ordonné.

« Le tribunal pourra également commettre l'un des juges pour procéder à cet examen auquel il sera procédé comme il est dit ci-dessus. Le jugement fixera, outre le jour de la comparution devant le juge-commissaire, le jour et l'audience à laquelle celui-ci devra faire son rapport, sauf et sur le rapport du juge, fixation d'un autre juge en cas de nécessité.

« Art. 370. — *En aucun cas*, l'affaire ne pourra être renvoyée *devant des arbitres rapporteurs* ou autres personnes étrangères au tribunal.

« Si l'examen des comptes, pièces, registres et correspondance ne peut être utilement et commodément fait par le tribunal ou par le juge commis, il sera procédé en la forme et de la manière prescrite pour les expertises. »

L'article 370 réglait les conséquences de la non-comparution du demandeur et du défendeur. S. MIGNERET.

DE L'APPEL DES JUGEMENTS DE SIMPLE POLICE,

Par M. Henri PASCAUD, juge d'instruction à Sancerre.

La bonne administration de la justice exige que toute peine soit légitimement prononcée et soit appliquée avec fermeté. L'appel a pour but de pourvoir à ces deux nécessités : il est un préservatif contre l'erreur du juge et une garantie pour l'efficacité de la répression. Au point de vue des principes, alors même que l'infraction est légère et la pénalité peu grave, on doit donc pouvoir appeler d'un jugement portant condamnation ou acquittement.

Le législateur de 1791, dans son décret des 19-22 juillet relatif à l'organisation de la police municipale et correctionnelle, s'était inspiré de cette idée si juste : l'article 40, édicté en matière de police, ne limitait le droit d'appel ni pour la partie condamnée ni pour le ministère public. Mais cette législation ne tarda pas à être modifiée. La Constitution du 3 fructidor an III, dans son article 233, et le Code du 3 brumaire an IV, dans son article 154, déclarèrent que les juge-

Digitized by Google

ments des tribunaux de police étaient en dernier ressort. Cette réaction contre le principe de l'appel n'était pas justifiée. Vainement on soutenait, à cette époque, que l'intérêt social était faiblement lésé par les acquittements survenus en matière de contraventions, que, les condamnations prononcées étant légères, les parties avaient peu d'intérêt à exposer des frais relativement considérables, pour les faire anéantir. Si l'inculpé était renvoyé des fins de la plainte, le ministère public ou le plaignant se trouvaient désarmés, et quelque mal fondée que fût la sentence, il y avait chose jugée contre la poursuite. Si le prévenu était condamné, par quel motif lui interdisait-on une voie de recours qui le protégeait contre l'erreur du magistrat de police? Assurément il avait moins d'intérêt à faire infirmer la sentence que si une peine correctionnelle lui eût été infligée. Mais son intérêt, pour être minime, n'en devait pas moins être respecté. Ce système avait donc le grave inconvénient de soustraire la plus modeste de nos juridictions répressives à un contrôle indispensable et d'enlever une garantie précieuse aux inculpés.

Le projet de Code d'instruction criminelle présenté au Conseil d'État pour les matières de simple police, dans la séance du 27 septembre 1808, tint compte des considérations que nous venons de faire valoir contre la législation de l'an IV. Il contenait, en effet, cette disposition : « Les jugements rendus en matière de police pourront être attaqués par la voie de l'appel. » Mais dans la séance du 4 octobre 1808, M. Corvetto, imbu des idées qui avaient prévalu dans le Code de brumaire, soutint, par l'organe de M. le comte Treilhard, que les jugements de police ne devaient pas être sujets à l'appel, parce que les frais de recours excéderaient l'intérêt de l'affaire. M. Cambacérès répondit « que 15 francs sont une somme considérable pour la classe indigente des villes et pour la plus grande partie des habitants de la campagne; que cependant on peut permettre aux tribunaux de police de juger sans appel les affaires dont l'intérêt n'excède pas 5 francs. » Cet amendement transactionnel l'emporta, et la disposition qui est devenue l'article 172 du Code d'instruction criminelle fut adoptée sans nouvelle discussion.

Cet article est ainsi conçu : « Les jugements rendus en ma-

Digitized by Google

tière de police pourront être attaqués par la voie de l'appel, lorsqu'ils prononceront un emprisonnement, ou lorsque les amendes, restitutions et autres réparations civiles excéderont la somme de 5 francs, outre les dépens. » Cette disposition soulève les graves objections de principe que nous avons développées ci-dessus; à ce titre, elle n'est pas à l'abri de la critique. La Belgique, modifiant le Code d'instruction criminelle français qui était en vigueur depuis 1808, a, par une loi du 1er mai 1849, admis le principe que les jugements de simple police pourront, dans tous les cas, être attaqués par la voie de l'appel. Mais en somme, depuis plus de soixante ans, cette législation fonctionne sans trop d'inconvénients pour les parties, et les réclamations produites contre elle ont un caractère bien plus doctrinal que pratique. Nous estimons donc qu'elle doit être maintenue, car les principes, dans le domaine de l'application, ne peuvent pas être toujours aussi absolus qu'ils le sont dans le domaine de la théorie.

Le Code de 1810 consacre ensuite cette doctrine : article 173 : « L'appel sera suspensif. » C'est là un principe essentiellement protecteur des intérêts des parties. Il est la garantie du droit lui-même. Si l'appel n'était point suspensif, l'exécution, une exécution souvent irréparable, devrait suivre la sentence du premier juge. Qui ne voit de suite quels inconvénients, quels abus regrettables résulteraient d'une disposition aussi funeste?

Aux termes de l'article 174, « l'appel des jugements rendus par le tribunal de police sera porté au tribunal correctionnel; cet appel sera interjeté dans les dix jours de la signification de la sentence à personne ou à domicile; il sera suivi et jugé dans la même forme que les appels des sentences des justices de paix ». Si l'on compare ce texte à celui de l'article 203, on remarque qu'en matière correctionnelle, alors qu'il s'agit d'infractions beaucoup plus graves, la déclaration d'appel doit être faite au greffe du tribunal qui a rendu le jugement dix jours au plus tard après celui où il a été prononcé, et ce, sans signification préalable, tandis qu'en matière de simple police on devra signifier le jugement pour faire courir les délais. Il y a là une anomalie qui se conçoit difficilement et ne nous paraît pas avoir sa raison d'être.

Digitized by Google

Les précédents historiques ne sauraient expliquer cette disposition anormale. Le législateur de 1791 avait édicté, tant en matière de police correctionnelle qu'en matière de police municipale, l'obligation de signifier les jugements contradictoires, et les délais d'appel couraient à partir de cette signification (art. 40 et 61). Il s'inspirait évidemment de cette idée que, pour faire réformer une décision criminelle, il faut en connaître à fond les motifs, résultat qui s'obtient seulement par la notification du texte même du jugement, et sans tenir compte du peu de complication des procès de police, dans le but de donner à la loi un caractère uniforme, il appliquait ce principe aux contraventions. Mais comment cette doctrine, rejetée pour les délits correctionnels par le Code de 1810, a-t-elle été maintenue dans les matières de simple police? Les travaux préparatoires ne fournissent aucun renseignement sur ce point. L'article 174, d'après Locré, a été adopté sans observation (séance du 4 octobre 1808). Cette adoption étant postérieure à celle de l'article 203 qui eut lieu dans la séance du 2 juillet 1808, nous sommes porté à croire qu'il y a eu de la part du législateur une erreur de rédaction commise sous l'empire des souvenirs qu'avait laissés dans son esprit la loi de 1791. Il n'est pas possible, en effet, d'expliquer autrement comment les significations de jugements contradictoires, inapplicables aux délits si complexes d'escroquerie et d'abus de confiance, par exemple, doivent être appliquées à des contraventions minimes, telles que l'infraction aux bans des vendanges. Ni M. Faustin Hélie, ni aucun autre commentateur, à notre connaissance du moins, n'ont recherché la raison d'être des prescriptions si peu rationnelles de l'article 174.

Il est facile de se rendre compte des inconvénients multiples qu'engendre la disposition que nous critiquons. Par suite de la signification, les parties ont à supporter des frais souvent assez considérables qui aggravent dans une proportion notable le quantum des dépens. Si les condamnés sont insolvables, ces frais retombent à la charge du trésor. Comment remédier à un état de choses aussi fâcheux? Il semble que le seul moyen à employer devait être la présentation d'une loi qui eût modifié le Code d'instruction criminelle en ce point. Il n'en a rien été et, contrairement à tous les prin-

Digitized by Google

cipes, c'est par les prescriptions d'une circulaire ministérielle que l'on a fait échec à l'article 174, mais seulement en ce qui concerne les condamnations pécuniaires.

Datée du 15 décembre 1833, portant le titre de frais de justice, cette circulaire est ainsi analysée dans le livre de M. Gillet : « Les jugements de simple police, rendus « soit par défaut, soit contradictoirement, dans les cas prévus « par l'article 127 du Code d'instruction criminelle, ne sont « susceptibles d'exécution forcée qu'autant qu'ils ont été « signifiés et qu'ils n'ont pas été attaqués dans les délais de « l'opposition ou de l'appel. De là l'usage qui s'est généralement établi, au grand détriment des parties et du trésor, « de faire signifier indistinctement tous ces jugements. Cependant, hors les cas assez rares où la peine d'emprisonnement est prononcée, la signification, qui occasionne des « frais presque toujours plus considérables que la condamnation principale, ne devient nécessaire qu'à l'égard des « condamnés qui n'ont pas l'intention d'acquiescer au jugement. Les jugements ne doivent être signifiés, pour éviter « des dépenses frustratoires, qu'après avoir donné avis à « chaque condamné du jugement qui le concerne, afin de le « mettre à même, s'il ne croit pas devoir attaquer ce jugement par les voies de droit, de l'exécuter volontairement « sans l'exposer à de nouveaux frais. A cet effet, les greffiers « des tribunaux de simple police dresseront, conformément « au modèle, un relevé sommaire des jugements susceptibles « d'opposition ou d'appel qu'ils transmettront au receveur « de l'enregistrement dans la huitaine de leur date. Ce relevé « contiendra autant d'articles qu'il y a d'affaires jugées; il « indiquera pour chacune la nature de la contravention, les « noms et les prénoms des condamnés, leur demeure et le « montant de l'amende et des frais. Il sera alloué au greffier « 10 centimes par article, c'est-à-dire par affaire jugée, quel « que soit le nombre des condamnés. Le receveur invitera « tous les condamnés à en acquitter le montant. A l'expiration du délai accordé aux condamnés pour prendre une « détermination et la faire connaître, il renverra le relevé au « juge de paix qui a rendu les jugements ou au commissaire « de police exerçant les fonctions de ministère, avec l'indication de ceux qui auront payé et des renseignements

Digitized by Google

« sur la solvabilité des autres. » (Décret du 10 juin 1811, art. 49.)

Les considérations développées dans ce document ont certainement une portée considérable. Nous nous y associons complétement en tant qu'elles prouvent l'urgence d'une révision de la loi, mais non pas en tant qu'elles légitiment son abrogation indirecte. Quelles singulières conséquences une pratique aussi irrégulière n'entraîne-t elle pas d'ailleurs? Avec le système inauguré par la chancellerie, il n'y aura jamais de condamnation pécuniaire définitive au-dessus de 5 francs, lorsque les condamnés, et ce sera le cas le plus fréquent, se déclareront disposés à payer l'amende et les frais qui leur incombent. Il est, en effet, de principe que l'appel étant d'ordre public, on ne peut y renoncer en acquiesçant au jugement et en l'exécutant. L'expiration seule des délais accordés au condamné pour appeler peut donner à la sentance qui l'a frappé l'autorité de la chose jugée. Ce point de droit est constant, car les délais et les prescriptions de la loi sont des garanties établies autant dans l'intérêt général de la société que dans l'intérêt des parties. Il ne peut donc pas être permis au condamné, par un acte de précipitation ou d'irréflexion, d'exécuter prématurément le jugement qui l'a frappé et de se priver ainsi du droit d'appel, s'il s'aperçoit plus tard et avant l'expiration des délais que ce jugement renferme des vices ou des nullités. Telle est, du reste, la doctrine de MM. Merlin, *Acquiescement* (quest. §§ 19 et 20); Dalloz, *Acquiescement* (n° 910 et suivants); Faustin Hélie, *Instruction criminelle*, t. VIII. p. 24. La jurisprudence s'est également prononcée en ce sens. (Voir Cour de cassation de Belgique, 1er mars 1841; Cass., 17 janvier 1859; Cass., 24 janvier 1862.) Il est bon de faire remarquer toutefois que cette règle ne s'applique qu'aux jugements portant condamnation à des *peines*. S'il s'agit de *réparations civiles*, le condamné sera lié par l'acquiescement qu'il aura donné aux décisions qui le frappent.

Donc tout jugement de police pourra être attaqué par la voie de l'appel, alors même qu'il aura été exécuté, et sera dépourvu de l'autorité de la chose jugée. Comment pourra-t-on dès lors faire l'application des règles de la récidive? L'article 483 du Code pénal dispose « qu'il y a récidive, dans

Digitized by Google

tous les cas prévus par le livre IV dudit Code, lorsqu'il a été rendu contre le contrevenant dans les douze mois précédant un premier jugement pour contravention de police commise dans le ressort du même tribunal ». Les articles 474, 478 et 482 du même Code prononcent la peine de l'emprisonnement, au cas où il y a récidive, ce qui prouve que, même en matière de contraventions, le législateur s'est attaché à réprimer sévèrement la réitération des faits prohibés par la loi pénale. Il est de principe et de jurisprudence qu'une condamnation définitive seule peut servir de base légale à une décision appliquant les peines de la récidive. (V. Blanche, t. I, nos 443 et 447; Faustin Hélie, *Code pénal*, t. I, p. 296; Cass., 24 janvier 1862.) La conséquence forcée qui en découle, c'est qu'avec le système de la circulaire ministérielle, aucune aggravation de peine ne pourra être infligée aux récidivistes condamnés à plus de 5 francs d'amende. Ainsi la non-application de la loi sur un point a pour résultat l'abrogation implicite d'autres dispositions pénales. N'est-ce point là une condamnation formelle de l'article 174 et de la circulaire que sa rédaction défectueuse a rendue nécessaire en quelque sorte?

La chancellerie, du reste, lorsqu'il s'est agi d'appliquer la loi du 23 janvier 1873, sur l'ivresse, a reconnu l'exactitude de cette doctrine et a prescrit les significations des jugements de simple police, afin de rendre possible l'application des peines de la récidive. Sa circulaire est ainsi résumée dans le *Journal du ministère public* du 23 février 1874 : « La « loi du 23 janvier 1873, sur l'ivresse, a attaché une impor- « tance particulière à la répression des récidives. Indulgent « pour une première faute, le législateur s'est montré sévère « pour les rechutes qui, chez celui qui s'y laisse entraîner, « dénote un vice invétéré et l'habitude d'ivrognerie. La loi « manquerait donc son but si les récidives n'étaient soigneu- « sement constatées et sûrement atteintes. A cet égard, l'ap- « plication de la loi a rencontré des obstacles contre les- « quels il faut se prémunir.

« Une difficulté de procédure s'est présentée tout d'abord. « Il est de principe qu'une condamnation ne peut servir de « base à la récidive qu'autant qu'elle est devenue défini- « tive, et il est admis en jurisprudence qu'un jugement de

Digitized by Google

« simple police susceptible d'appel ne prend un caractère « définitif que lorsqu'il a été régulièrement signifié. Il ne « peut être suppléé à cette formalité par le simple avertis- « sement suivi d'exécution volontaire, qui, dans la pratique, « remplace ordinairement la signification. Qu'une nouvelle « infraction survienne, le précédent jugement, non signifié, « est encore susceptible d'appel, et les peines de la récidive « ne sont pas encourues. L'inconvénient est évident; il est « grave, surtout dans l'application de cette loi, dont tout « le système repose sur une gradation successive des peines, « et sur le changement de qualification et de juridiction « en cas de deuxième et de troisième récidive. Il convien- « dra donc, en cette matière, de renoncer à l'emploi du « simple avertissement et de recourir à la signification « régulière, toutes les fois du moins qu'elle sera nécessaire « pour rendre le jugement définitif. » Puis la circulaire spécifie les cas où il est nécessaire de signifier le jugement. Rien de plus juridique, assurément, qu'un pareil langage, mais pourquoi le tenir lorsqu'il s'agit de la répression de l'ivresse seulement? Les contraventions de police ordinaires doivent-elles donc être à l'abri des peines de la récidive?

Mais ce n'est pas seulement en matière pénale que les prescriptions de la circulaire du 15 décembre 1833 auront une influence funeste; elles réagiront bien souvent sur les intérêts des plaideurs devant des juridictions purement civiles. Toutes les fois qu'un contrevenant ayant encouru une condamnation de plus de 5 francs d'amende pour détérioration ou usurpation d'un chemin rural, enlèvement de terre ou de matériaux sur un sol communal, aura exécuté le jugement sans signification préalable, le trouble de droit causé par la poursuite devant le tribunal de police devra être considéré comme non avenu, puisque la condamnation n'aura point un caractère définitif. Le contrevenant, s'il continue à posséder *animo domini*, acquerra donc, en dépit de l'action intentée contre lui, une possession utile d'abord, puis plus tard la propriété par la voie de la prescription. Ainsi l'inexécution de la loi par un commissaire de police obligé d'appliquer une circulaire illégale arrivera à ce résultat étrange de constituer un moyen détourné d'acquisition de la propriété ou de la possession! Nous en connaissons un exemple curieux.

Digitized by Google

Le sieur Pellé avait creusé des fossés sur un chemin que la commune de Groises prétendait lui appartenir. Poursuivi à raison de ce fait devant le tribunal de police, il fut condamné, le 15 janvier 1872, à une amende et en outre à combler ces fossés. Il exécuta ce jugement sans qu'il lui eût été signifié. Plus tard la commune de Groises lui intenta une action possessoire qui fut déclarée bien fondée par M. le juge de paix du canton de Sancergues ; mais, sur l'appel, la sentence fut infirmée, le 18 novembre 1874, par le tribunal de Sancerre, dans les termes suivants :

« Attendu qu'aux termes de l'article 174 du Code d'in-
« struction criminelle, l'appel des jugements de police doit
« être interjeté dans les dix jours de la signification de la
« sentence à personne ou à domicile ; que l'article 203 du
« même Code fait, à propos des jugements rendus en police
« correctionnelle, une distinction selon qu'ils ont été con-
« tradictoires ou prononcés par défaut ; que le moment d'ou
« partent les délais d'appel n'est pas le même dans l'un et
« l'autre cas ; qu'ainsi il résulte de la combinaison de ces
« deux articles que l'exécution des condamnations pronon-
« cées par le juge de paix ne saurait entraîner acquiesce-
« ment suffisant de la part du condamné et le priver d'un
« degré de juridiction auquel il a droit jusqu'à ce que le
« jugement qui l'a frappé lui ait été signifié ; — Attendu en
« fait qu'en admettant même que Pellé ait exécuté la sen-
« tence rendue contre lui par M. le juge de paix du canton
« de Sancergues, à la date du 15 janvier 1872, en payant l'a-
« mende et comblant les fossés par lui établis sur le chemin
« dont la commune de Groises revendique aujourd'hui la
« possession, il ne saurait par ce fait avoir abandonné le
« droit d'appel qui lui appartient, tant que le jugement ne
« lui aura pas été signifié et même dans les dix jours qui sui-
« vront cette signification ; qu'ainsi c'est donc à tort que
« M. le juge de paix du canton de Sancergues a, dans son
« jugement en maintenue possessoire du 12 janvier 1874,
« attribué l'autorité de la chose jugée au jugement de simple
« police précité, et, par ce fait, débouté Pellé de sa de-
« mande ; — Attendu que Pellé articule, avec offre d'en faire
« la preuve, que depuis plus d'un an et jour il a joui de la
« terre sise au champ de la Grange, commune de Groises, à

Digitized by Google

« titre de propriétaire paisiblement, publiquement, sans « interruption et sans trouble, en la cultivant et fumant et « en y faisant pacager ses bestiaux ; — Attendu que ces faits « ne sont pas déniés par la commune de Groises, qu'ainsi ils « doivent dès à présent être tenus pour constants ; — Attendu « que le trouble apporté à la jouissance de Pellé lui a causé « un préjudice, que le tribunal a les éléments nécessaires « pour en apprécier l'étendue ;

« Par ces motifs, le tribunal, sans s'arrêter ni avoir égard « aux autres fins, moyens et conclusions des parties, non « plus qu'à la demande reconventionnelle de la commune de « Groises dont elles sont respectivement déboutées, dit qu'il « a été mal jugé par le jugement dont est appel ; émendant « et faisant ce que le premier juge aurait dû faire, maintient « et garde Pellé dans la possession annale où il est de la « pièce de terre sise au lieu dit le champ de la Grange, situé « commune de Groises ; fait défense à la commune de Groises « de l'y troubler à l'avenir ; condamne la commune de « Groises en 50 francs de dommages-intérêts envers Pellé, « aux dépens de première instance et d'appel, et ordonne la « restitution de l'amende consignée. »

Un texte de loi défectueux, modifié par une circulaire non moins défectueuse, doit être revisé lorsqu'il produit même indirectement de pareilles conséquences. Aussi estimons-nous qu'il y a lieu de supprimer la signification des jugements contradictoires pour faire courir les délais de l'appel et qu'il faut mettre l'article 174 en harmonie avec l'article 203 relatif aux matières correctionnelles.

Les articles 174 *in fine*, 175 et 176 du Code d'instruction criminelle s'expliquent sur les formes qui doivent être suivies pour le jugement des appels de simple police. Ces formes seront les mêmes que pour les appels des sentences des justices de paix. Lorsque, sur l'appel, le procureur de la République ou l'une des parties le requerra, les témoins pourront être entendus de nouveau, et il pourra même en être entendu d'autres. Quelque formels que soient les termes de l'article 174, la règle qu'il établit ne saurait être prise à la lettre. Il est difficile, en effet, d'admettre que les dispositions du Code de procédure civile concernant les appels des sentences des juges de paix puissent être appli-

Digitized by Google

qués aux appels des tribunaux de police. Le texte même de la loi y répugne, puisque l'article 176 édicte que « les dispositions des articles précédents sur la solennité de l'instruction, la nature des preuves, la forme, l'authenticité et la signature du jugement définitif, la condamnations aux frais, ainsi que les peines que ces articles prononcent, seront communes aux jugements rendus sur l'appel par les tribunaux correctionnels. » Il est évident que les formes de la procédure sommaire ne sauraient se concilier entièrement avec celles de la police correctionnelle.

Cette interprétation a prévalu dans la doctrine et la jurisprudence. On admet qu'il n'est pas nécessaire que l'appel des jugements de police soit formé par exploit signifié au ministère public à la partie civile et contenant assignation, conformément à l'article 456 du Code de procédure civile. Il n'est pas douteux non plus que les règles tracées dans les articles 61, 68 et 72 du même Code sont sans application possible en cette matière. Enfin il n'y pas lieu à une constitution d'avoué, ni à une condamnation pour amende de fol appel.

La déclaration d'appel peut avoir lieu, soit au greffe du tribunal qui a rendu le jugement, et alors il n'est pas nécessaire qu'elle soit signifiée au ministère public, soit par exploit notifié à la partie publique et à la partie civile et contenant citation (art. 456 C. proc. civ.). Cette notification, dont les formes n'ont pas été réglementées par la loi, peut être faite soit au ministère public près le tribunal de police, soit au procureur de la République près le tribunal correctionnel.

L'article 177 est ainsi rédigé : « Le ministère public et les parties pourront, s'il y a lieu, se pourvoir en cassation contre les jugements rendus en dernier ressort par le tribunal de police, ou contre les jugements rendus par le tribunal correctionnel sur l'appel des jugements de police. » Les termes mêmes de ce texte, rapprochés de ceux de l'article 174 qui n'accorde la faculté d'appeler qu'aux condamnés, ne laissent aucun doute sur les droits du ministère public. L'appel lui est interdit. Cette disposition est si exorbitante du droit commun que la jurisprudence a dû interpréter les dispositions restrictives de ces deux articles si parfaitement

Digitized by Google

claires, du reste. C'est un point de droit indiscutable aujourd'hui que la partie publique ne peut appeler d'une sentence, si peu fondée, si absurde qu'on la suppose. Il est vrai qu'elle a le recours en cassation. Mais on ne peut changer la nature de ce recours et en faire un second degré de juridiction, alors qu'il ne constitue qu'une voie extraordinaire ouverte contre les jugements entachés d'illégalité ou de vices de forme. Ajoutons que les frais de pourvoi sont considérables et que celte considération arrêtera fréquemment l'action du ministère public. S'il passe outre, on verra trop souvent les audiences de la Cour de cassation encombrées d'affaires d'une importance relative dont la solution aurait dû être donnée par la juridiction d'appel.

A notre sens, il n'est pas bon que la répression soit désarmée, pas plus en matière de simple police qu'en toute autre matière. Le ministère public ne doit pas rester dans tous les cas impuissant en face du contrevenant. Aussi estimons-nous que le législateur, s'inspirant des idées transactionnelles qui ont présidé à l'article 172, lequel n'admet l'appel du condamné que quand la condamnation excède 5 francs, aurait pu concéder à la partie publique le droit d'appeler dans certains cas graves. Loin de nous la pensée d'établir une assimilation complète entre le condamné et le ministère public ; nous trouverions excessif d'admettre l'appel de la partie publique pour les condamnations supérieures à 5 francs, mais n'atteignant pas néanmoins le maximum. Au contraire, dans le cas où le contrevenant sera passible de la peine d'emprisonnement par application des articles 474, 478, 480 et 482 du Code pénal, c'est-à-dire en matière de récidive ou lorsqu'il a commis les infractions de police les plus graves, nous pensons qu'il y a lieu de donner au ministère public le droit d'appel. Ainsi cesserait, au grand bénéfice de la répression, l'inégalité exorbitante qu'a consacrée la loi au profit du contrevenant. Nous insistons en conséquence sur la révision de l'article 177 en ce sens.

Depuis de longues années déjà, le législateur belge a réformé le Code d'instruction criminelle sur tous les points dont nous demandons la modification. Suivons donc l'exemple que nous donne un peuple dont la sagesse et l'expérience, sous ce rapport comme sous tant d'autres, méritent d'être

Digitized by Google

imitées. Aux termes des articles 5 et 7 de la loi du 1er mai 1849, les délais d'appel, en matière de contraventions, courent du jour de la prononciation du jugement, lorsqu'il est contradictoire. Le ministère public près le tribunal de simple police n'a point, il est vrai, la faculté d'appeler, mais ce droit appartient au procureur du roi près le tribunal qui doit prononcer sur l'appel. Confié à un magistrat supérieur plus habitué aux choses juridiques que l'officier du ministère public des tribunaux de police, ce pouvoir suffit amplement pour assurer la répression et l'on n'a point à redouter qu'il s'exerce avec un zèle abusif.

Les parties qui peuvent se pourvoir en cassation sont, outre le ministère public, les parties civiles, les personnes civilement responsables et les condamnés. Mais il faut que les jugements soient en dernier ressort ou passés en force de chose jugée par suite de l'appel interjeté. Ainsi un jugement non attaqué par la voie de l'appel, lorsqu'il y avait lieu de l'employer, ne saurait donner ouverture au pourvoi en cassation. Un jugement par défaut ne peut être l'objet d'un recours que si le délai légal s'est écoulé sans opposition de la part du condamné. Aucune signification des jugements contradictoires et rendus en dernier ressort n'est nécessaire pour faire courir les délais du pourvoi en cassation. Ces délais courent de plein droit à partir du jour où ces décisions judiciaires ont été prononcées. Conformément aux règles communes à toutes les matières criminelles, leur durée est de trois jours francs.

Telles sont les observations que nous a suggérées l'étude des dispositions qui régissent l'appel des jugements de simple police. Frappé des inconvénients qu'elles produisent, nous avons cherché les moyens de leur imprimer un caractère plus pratique, plus logique, plus répressif. Puisse enfin l'attention du législateur être appelée sur une matière qui, selon nous, réclame une réforme urgente !

H. PASCAUD.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

DES AVARIES, DU JET ET DE LA CONTRIBUTION[1],

Par M. Louis MOREL, avocat,

Compte rendu par M. R. GONSE,
Substitut du procureur général près la Cour d'appel de Limoges.

Par les travaux de sa profession, à raison des lieux mêmes où il l'exerce, l'auteur était des mieux préparés à traiter les questions si complexes et si intéressantes auxquelles donnent lieu les règlements d'avaries. Pour l'île de la Réunion le commerce maritime est l'élément nécessaire de la richesse coloniale : les conditions dans lesquelles il fonctionne y sont une préoccupation constante pour les négociants et les producteurs. Placée sur une des routes de l'extrême Orient qui fut longtemps la seule, dans des parages justement réputés dangereux, cette colonie voit fréquemment relâcher et se réparer dans ses ports, les navires éprouvés en cours de voyage. Les règlements d'avaries y sont donc fréquents et comportent souvent, à raison de cette situation intermédiaire, plus de complications que ceux qui sont établis en France. Les méthodes suivies dans ces circonstances et la jurisprudence coloniale qui les consacre sont pour la métropole particulièrement utiles à connaître. M. Morel, grâce à ses connaissances spéciales, nous fournit sur ce point une monographie approfondie, riche de renseignements et de faits. Outre l'examen des principes juridiques, outre la référence aux arrêts, aux documents de la France continentale, on trouve aussi dans cet ouvrage un élément spécial et précieux d'enseignements; nous devons nous féliciter doublement de cette heureuse contribution à la science du droit maritime venue d'une des portions lointaines du sol national.

En suivant l'auteur dans les aperçus historiques qui lui

[1] Un vol. in-8°. Paris, 1874. A. Cotillon et C°, 24, rue Soufflet.

Digitized by Google

servent souvent de guide dans ses interprétations, on reste frappé de l'antiquité d'origine des principes qui régissent les avaries. Les dispositions importantes contenues au Code de commerce remontent jusqu'à la loi romaine. Comment ne pas admirer cette raison écrite dont l'application se poursuit ainsi à travers les siècles malgré les modifications profondes des mœurs, les progrès économiques et industriels? C'est à l'ancienne loi de l'île de Rhodes, telle que les jurisconsultes romains l'ont commentée et appliquée, qu'il faut sans cesse revenir pour retrouver le texte primitif de nos prescriptions législatives. Passant par les recueils coutumiers du moyen âge et de la renaissance, le *consulat de la mer*, les *rôles d'Oleron*, le *guidon de la mer* et les *règlements de Wisby*, la doctrine romaine s'est précisée et parfois transformée. Toutefois elle se maintenait intacte dans ses parties essentielles lorsqu'elle a été légalement affirmée par l'ordonnance de 1681. Les rédacteurs du Code de commerce, en la recueillant à leur tour élucidée par les travaux d'Émerigon, de Valin et de Pothier, l'ont eux-mêmes plus souvent affermie qu'abandonnée.

Ce n'est pas que sur certains points le législateur de 1807 n'eût pu avec avantage modifier certaines dispositions anciennes. Pourquoi, par exemple, les articles 410 et 412 ont-ils conservé les prescriptions de l'ordonnance, rappelant la cérémonie qui, d'après le *Consulat de la mer*, doit être observée lors du jet? «Lorsque le patron se trouvera dans la nécessité de faire jet, il doit dire aux marchands, en présence de l'équipage : « Messieurs, nous sommes en grand danger de « nous perdre; le seul parti qu'il y ait à prendre pour sauver « nos personnes, le navire et partie du chargement, c'est de « faire jet. » Si les marchands ou le plus grand nombre des marchands chargeurs consentent à faire jet, on peut le faire (art. 99 du Consulat de la mer).

Actuellement obligation est imposée au capitaine de prendre l'avis des principaux de l'équipage et de ceux des chargeurs qui peuvent se trouver sur le bâtiment avant de sacrifier les mâts de son navire, d'abandonner ses ancres ou de faire jet à la mer d'une partie de son chargement. Il doit encore rédiger par écrit et en faire signer la délibération qu'il aura ainsi provoquée. Ces formalités présentent moins

Digitized by Google

de solennité que l'ancienne *cérémonie :* mais ne sont-elles pas en pratique impossibles à observer ? Sous l'empire de l'ancienne coutume, au temps d'une navigation primitive, alors que les marchands naviguaient encore avec leurs marchandises, les patrons ne se conformaient que rarement à une prescription incompatible avec un danger imminent. On distinguait le jet régulier et le jet irrégulier. Le premier, précédé de la *cérémonie*, était rare et suspect de fraude, d'après Largo, par cela seul que les formes avaient été trop bien observées.

Dans les usages de navigation moderne, les dispositions archaïques des articles 410 et 412 ne se comprennent plus. Bien qu'elles ne soient pas constitutives de l'avarie commune, qu'elles aient seulement pour but de servir de moyen de preuve, et qu'en conséquence elles puissent êtres négligées, cependant on pensera aisément avec M. Morel qu'elles n'auraient pas dû trouver place dans le Code de commerce et qu'elles en disparaîtront sans doute lorsqu'il en sera fait une révision.

Il n'y a là d'ailleurs qu'une question de forme secondaire ; ce qui constitue les éléments fondamentaux et persistants, c'est l'obligation à la contribution pour tous les intéressés, c'est le caractère propre de l'avarie commune. Cette distinction si importante des avaries communes et des avaries particulières forme le pivot nécessaire autour duquel se meuvent les diverses parties de l'ouvrage. L'importance de cette classification ressort constamment de la suite de développements. Le fait intentionnel est la condition première de l'avarie commune. La contribution a uniquement pour objet d'indemniser de la perte d'un objet sacrifié ou d'une dépense exposée pour le salut commun. C'est à bon droit que l'auteur revient souvent sur ce principe que l'avarie commune a pour cause principale la volonté. Il donne ainsi à l'ensemble de ses discussions une unité et une clarté juridiques qui assurent la méthode de ses raisonnements.

Après avoir passé en revue et étudié avec une grande sûreté de compétence les divers cas d'avaries communes, M. Morel traite de la contribution et donne un assez grand nombre d'exemples de répartition pour pouvoir utilement guider ceux qui ont à dresser des règlements d'avaries.

Digitized by Google

Parmi les règles qui doivent être observées, il en est une signalée à juste titre et connue sous la dénomination de déduction à faire pour la différence du vieux au neuf. Lorsque pour le salut commun, le navire a subi quelque sacrifice, il semble juste que le prix total du remplacement ne soit pas porté en contribution. Les objets sacrifiés avaient déjà subi une dépréciation par l'usure et le navire bénéficierait, s'il recevait du neuf sans tenir compte de la différence de valeur. Le Code de commerce pas plus que l'ordonnance de 1681 ne contient de prescription à ce sujet. Ce sont les compagnies d'assurance qui ont peu à peu introduit dans leurs polices une règle pour les règlements à faire avec leurs assurés. Le principe équitable sur lequel elle est fondée doit la faire accepter également dans les règlements d'avaries.

Toutefois l'appréciation de cette différence sera plus difficile à faire ici qu'en matière d'assurance. Le degré exact de dépréciation des objets ne peut être apprécié après que le sacrifice en a été fait. Pour parer à cette difficulté, les compagnies d'assurances stipulent dans leurs contrats une proportion fixe. M. Morel indique cette proportion comme étant uniformément du tiers et de 15 p. 100 pour les câbles et les chaînes. Tel est en effet l'usage suivi à Paris. Dans les ports la proportion est variable. Au Havre, pour certains navires elle est d'un cinquième. A Nantes et à Marseille, on tient compte de l'âge du navire et de son mode de construction. Cette proportion ainsi fixée doit toujours être appliquée au navire assuré comme différence du vieux au neuf. Pour les règlements d'avaries, il ne peut exister de convention analogue. Dans l'usage on explique par analogie la règle posée par les assureurs. Néanmoins, on doit reconnaître que cette évaluation, qui différera selon les ports, comporte une grande part d'arbitraire et que les tribunaux ne l'ont pas toujours sanctionnée.

Ce n'est que sur la somme ainsi réduite que devra porter la contribution. Encore devra-t-on tenir compte du prix de vente des débris qui sortant en cas de réfection du doublage, auront conservé quelque valeur. Le prix ne doit pas être retranché du montant brut de la réparation ; on arriverait ainsi à diminuer sans juste raison la part qui revient au

Digitized by Google

navire. Il ne doit pas non plus être attribué à l'armement, propriétaire des objets vendus. Celui-ci est indemnisé de la perte complète par le remplacement laissé à la charge de la masse pour ce qui est présumé représenter la valeur des objets perdus. Le prix de vente revient donc à cette masse contribuable et diminue d'autant la somme à répartir. Ce dernier point demande peut-être quelque développement à raison même de l'absence de tout texte législatif.

Le capital soumis à la contribution se compose de toutes les valeurs qui ont profité du sacrifice effectué. Les personnnes elles-mêmes n'y sont pas comprises. *Corporum liberorum æstimationem nullam fieri posse*, liv. 2, § 2, au titre *De lege Rhodia*. Les esclaves, au contraire, étaient, d'après la loi romaine, comptés dans la masse, et jusqu'en 1848 il a continué d'en être ainsi aux colonies. Les émigrants importés d'Afrique et des Indes doivent-ils actuellement être estimés et portés sur l'état de contribution? Un arrêt de la Cour de la Réunion a décidé que la valeur des contrats d'engagement, lesquels sont d'ailleurs l'objet d'assurances, devait être comprise dans le capital contribuable.

Les avaries particulières au navire ou à la cargaison ne donnent pas lieu à un examen aussi complexe que les avaries communes. Les questions qui en concernent le règlement sont cependant encore nombreuses et intéressantes. Parmi les accidents qui les amènent, il en est qui ont dans ces derniers temps par leur fréquence et leur gravité acquis une sinistre renommée. La dernière partie du traité est consacrée aux abordages. Laissant de côté les règlements de police maritime et internationale au moyen desquels on cherche à en diminuer le nombre, le droit commercial privé se préoccupe des responsabilités qui en dérivent.

A ce propos, M. Morel rapporte les dernières décisions rendues par le Conseil d'État et le tribunal des conflits (11 mai 1870 et 1er février 1873), desquelles il résulte que les actions en réparation de dommages pour abordages causés par des navires appartenant à l'État ne peuvent être portées que devant la justice administrative.

C'est là une application du principe général de la séparation des pouvoirs qui peut paraître trop étendue, mais qui

Digitized by Google

reste en harmonie avec les règles maintenues en cette matière par la juridiction administrative.

Cette rapide esquisse ne peut suffisamment faire connaître le nouveau traité des avaries. Puisse-t-elle avoir au moins ce résultat de faire comprendre tout l'intérêt que présentait le sujet et entrevoir avec quelle heureuse précision juridique et quelle complète connaissance, il a été approfondi par M. Morel. R. GONSE.

NOUVELLE JURISPRUDENCE ET TRAITÉ PRATIQUE SUR LES MURS MITOYENS [1],

Par M. O. Masselin, membre de la chambre syndicale des entrepreneurs de menuiserie de Paris.

Compte rendu par M. R. Gonse,
Substitut du procureur général près la Cour d'appel de Limoges.

Le mur mitoyen est, à juste titre peut-être, réputé une source légendaire de débats et de contestations. Plus que toute autre indivision, cette communauté forcée amène, on le comprend, entre propriétaires voisins de perpétuels sujets de discorde. Les usages auxquels le mur peut servir sont multiples; et si chacun cherche à en tirer tout le parti qu'il comporte, chacun aussi résiste à tout empiétement qui peut ou pourrait dans l'avenir amoindrir les avantages qu'il se croit en droit de conserver. Ce ne sont pas les juristes seuls qui peuvent résoudre les difficultés au sujet desquelles ils sont souvent consultés ; la solution comporte nécessairement des connaissances techniques et seules elles peuvent mettre à même d'apprécier les faits et le bien fondé des prétentions. Sur cette matière, les renseignements spéciaux sont toujours appréciés, et c'est sous ce rapport que mérite d'être particulièrement signalé l'ouvrage de M. Masselin membre de la chambre syndicale des entrepreneurs.

Sous une forme nouvelle, l'auteur s'adresse principalement

[1] Un vol. in-8°. Paris, 1875. A. Cotillon et C°, 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

aux propriétaires. Il cherche à les instruire de leurs obligations et met tous ses soins à les dissuader de s'engager dans des instances onéreuses et incertaines. On peut craindre qu'à cet égard les conseils fort avisés qu'il leur donne ne restent parfois peu suivis.

Parcourir avec M. Masselin tous les détails de cette étude, nécessiterait une longue analyse. Néanmoins il est un point intéressant à relever et à discuter. D'une jurisprudence récente fondée par des jugements du tribunal de la Seine des 14 janvier et 1er juillet 1874, il résulterait que les *travaux de mitoyenneté constituent une servitude légale, qui a pour conséquence de permettre au créancier de suivre l'immeuble en quelque main qu'il passe et d'être ainsi payé par privilége en quelque sorte.* Cette jurisprudence, dont les éléments ne sont qu'analysés, est-elle réellement établie et fondée? Quoi qu'il en soit, le principe ainsi posé peut paraître des plus contestables. Il ne s'agit pas du cas où le constructeur aurait conservé son privilége en se conformant aux dispositions de l'article 2103 du Code civil. Un entrepreneur a réparé ou reconstruit le mur mitoyen pour le compte d'un propriétaire auquel cette dépense incombait. La maison est vendue et le vendeur devient insolvable sans solder les travaux. Peut-on admettre que l'entrepreneur réclame le payement à l'acheteur en l'absence de tout engagement de ce dernier?

Sans doute il peut être équitable de ne pas laisser impayés des travaux dont l'immeuble a profité, mais en vertu de quel lien juridique l'acheteur peut-il être poursuivi? C'est par erreur assurément qu'on parle ici de servitude; les servitudes ou services fonciers sont dues par un fonds à un autre fonds. Le fonds sur lequel il a été effectué des travaux ne peut à aucun titre être considéré comme le fonds servant de l'entrepreneur. La loi n'a rien établi de semblable et aucune convention ne le pourrait faire.

Il n'y a pas place davantage à la reconnaissance d'une sorte de privilége. Les formalités nécessaires pour acquérir le droit de suite n'ont pas été observées, et un droit de cette nature ne peut être crée par analogie ou par raison d'équité en dehors des prescriptions de la loi.

Enfin, quelle est la nature de l'action que peut intenter

Digitized by Google

l'entrepreneur? Peut-il prétendre à une action réelle ou immobilière s'exerçant sur l'immeuble lui-même considéré comme son débiteur direct? Les actions réelles ou immobilières sont uniquement celles qui tendent à la revendication d'un immeuble. L'entrepreneur réclame une somme d'argent. Son action est donc personnelle, et il ne peut s'adresser qu'à celui avec lequel il a contracté. Sans doute la situation de cet entrepreneur est digne d'intérêt, mais elle est celle de tous ceux qui ont travaillé à un immeuble ultérieurement vendu par un insolvable. Il n'y a nulle raison de distinguer à raison de ce fait que l'objet des travaux a été un mur mitoyen.

Ce n'est pas ici le lieu d'insister sur cette discussion, mais il pourrait être utile de formuler des réserves et d'indiquer les raisons qui peuvent faire douter du maintien de la jurisprudence rapportée par M. Masselin.

De nombreux arrêts et jugements rassemblés dans une seconde partie, complètent ce traité et lui donnent une couleur qui sera appréciée de tous ceux qui recherchent sur la mitoyenneté des renseignements précis et nombreux.

R. GONSE.

MANUEL DU DROIT COMMERCIAL FRANÇAIS ET ÉTRANGER[1],

Par MM. Hœclester, Sacré et Léonel Oudin, avocats.

Compte rendu par M. Raphaël Gonse,
Substitut du procureur général près la Cour d'appel de Limoges.

Parmi les études de droit comparé, il n'en est aucune qui présente un caractère d'incontestable utilité, au même degré, que celle du droit commercial. Le développement des relations internationales, l'extension sans cesse croissante du commerce d'importation et d'exportation imposent la connaissance des lois étrangères qui régissent les transactions commerciales. On a quelquefois conçu et l'on poursuit en-

[1] Un volume in-8°. Paris, 1874, Marescq aîné, éditeur, rue Soufflot, 17.

Digitized by Google

core le projet d'arriver à unifier le droit commercial, sinon dans toutes ses parties, au moins dans celles qui, comme la lettre de change, sont d'une application plus spécialement extraterritoriale. Bien que les principes sur cette matière présentent souvent une grande analogie, l'état actuel des législations ne permet pas encore de préciser le moment où ce but pourrait être atteint. Il est plus pratique et plus utile à la fois de laisser à l'avenir une tâche dont l'accomplissement paraît encore une utopie, et de se contenter, de nos jours, de faire connaître les lois diverses qui régissent les pays étrangers. On obtiendra ainsi ce résultat immédiat de donner aux intérêts internationaux une satisfaction nécessaire. La science du droit commercial comparé aura en outre cet effet de signaler par l'exemple les réformes utiles et de préparer progressivement un rapprochement juridique entre les diverses nationalités. Tous ceux qui, comme MM. Hœclester, Sacré et Oudin, consacrent leur travaux àre produire les documents du droit commercial rendent donc tout à la fois service aux intérêts pratiques et aux études législatives.

On remarque, en parcourant leur rapide analyse, que les diverses législations commerciales peuvent se réduire à un nombre relativement restreint de types principaux.

Le Code de commerce français promulgué en 1807 est demeuré en vigueur pour un certain nombre de contrées dans lesquelles il avait été exécutoire à cette époque. Tels sont : le grand-duché de Luxembourg, le canton de Genève, le Jura bernois, et, en ce qui concerne la partie relative aux faillites, les provinces rhénanes. En Belgique, il était également resté en vigueur, mais il est soumis, en ce moment, à une révision dont plusieurs parties ont été déjà promulguées. Pour les Pays-Bas, la révision a eu lieu en 1838.

La loi française a été adoptée depuis par la Grèce, en 1835; la Roumanie, en 1841; la république d'Haïti, en 1826; le canton de Fribourg, en 1849, ont publié des Codes de commerce qui la repronduisent presque intégralement. La Turquie, en 1850, pour le commerce terrestre, a reproduit, dans son Code, une grande partie de ses dispositions. L'Italie, en 1865, s'est également inspirée du Code de commerce français, mais on prépare en ce moment une révision qui

Digitized by Google

vraisemblablement aura pour effet de rapprocher la loi italienne de la loi allemande.

Le Code de l'Empire d'Allemagne, adopté en 1861 par les divers États et modifié à plusieurs reprises, est devenu loi fédérale. Il ne contient aucune disposition relative aux faillites qui demeurent encore soumises aux lois particulières. Les rédacteurs ont, sur certains points, profité des progrès accomplis et des études récentes. Le droit commercial qu'ils ont consacré tend à s'étendre et à contre-balancer l'influence prépondérante conquise par le droit français pendant la première moitié du siècle.

Le Danemark, en 1851, a adopté la loi allemande sur le change. L'Autriche a conservé le Code allemand qu'elle avait adopté en 1862. La Hongrie, revenue à ses anciennes lois de 1850 à 1860, a adopté cette année même un nouveau Code de commerce que nous ne connaissons pas encore, mais qui, paraît-il, a fait à la loi allemande d'assez nombreux emprunts. En Suisse, dans un grand nombre de cantons, on suit le droit commun allemand; dans certains, entre autres Bâle, Berne, Lucerne, a été adopté, de 1857 à 1865, un règlement sur le change qui reproduit à peu près la loi de l'Allemagne; depuis la révision de la Constitution de 1873 (art. 34), les matières du droit se rapportant au commerce sont du ressort de la Confédération; les lois nouvelles qui seront édictées s'inspireront vraisemblablement, dans une proportion notable, du Code de commerce allemand.

Restée en dehors de ces diverses influences étrangères, l'Angleterre a conservé, en matière commerciale comme en toute autre, pour elle-même et ses colonies, le régime des statuts multiples. Sur certains points spéciaux cependant des lois complètes ont été récemment promulguées. Il en a été ainsi pour le commerce maritime en 1854, pour les sociétés en 1862 et 1867, pour les faillites en 1869. Les États-Unis ont conservé dans ses éléments essentiels la *common law* de l'Angleterre. Sur ce fond ancien sont venues se greffer les législations spéciales à chaque État; une grande diversité en est résultée. Les faillites seules ont été, en 1867, l'objet d'une réglementation fédérale.

L'Espagne, le Portugal et leurs anciennes colonies for-

Digitized by Google

ment un quatrième groupe. Le Code de commerce espagnol date de 1830, celui de Portugal a été promulgué en 1833. Le Pérou, en 1853, a adopté une législation qui reproduit presque intégralement celle de l'Espagne. Le Brésil, en 1850, la Confédération argentine, en 1859, le Chili, en 1865, ont également publié des Codes de commerce dont les dispositions se rattachent aux Codes espagnol et portugais. Au Mexique et dans l'Amérique centrale, on suit généralement les ordonnances de Bilbao, origine du droit commercial de l'Espagne. Dans le premier de ces pays, un Code de commerce est préparé et n'attend que le vote du Congrès; le droit espagnol y est maintenu comme élément fondamental.

Outre ces législations plus ou moins étudiées, l'Empire de Russie possède un Code général, Swod, publié en 1826 sur lequel les renseignements sont peu nombreux. La seconde partie de ce Code est relative au droit commercial.

Cet exposé, quelque rapide et imparfait qu'il soit, fait cependant comprendre quelle œuvre longue et laborieuse ce serait de fournir un exposé complet de ces législations multiples; le *Manuel du droit commercial* en donne déjà un aperçu succinct. Les auteurs ont laissé de côté la partie maritime sur laquelle ils reviendront sans doute quelque jour. Même réduit au commerce terrestre, un travail aussi étendu exige des recherches considérables et ne saurait être absolument complet. Aussi ne faut-il pas s'étonner des lacunes et des inexactitudes inséparables de la mise en œuvre d'une aussi grande quantité de documents.

La forme adoptée par les auteurs se prête, sans doute, à la pratique usuelle qui demande des renseignements clairs et faciles à saisir, mais elle est peu favorable à une étude un peu approfondie. Chaque partie du droit commercial forme un chapitre. Après un exposé développé de la loi française vient un résumé parfois très-laconique de chaque législation étrangère; aucun texte n'est traduit *in extenso;* il est difficile qu'une analyse aussi brève permette de pénétrer la partie d'une législation. De plus, chaque loi étrangère se trouve ainsi fractionnée en un grand nombre de solutions éparses qui ne sont point reliées entre elles. C'est là une méthode peu scientifique qui ne permet pas de suivre l'ensemble d'une

Digitized by Google

législation déterminée. Les ouvrages de M. de Saint-Joseph nous paraissent sous ce rapport présenter des tableaux plus saisissants. Si la multiplicité des législations citées rendait impossible l'adoption de son système de concordance, n'eût-il pas été possible d'atténuer les inconvénients inhérents à celui qui a été suivi? R. GONSE.

LE DROIT EN MATIÈRE DE SÉPULTURE[1].

Par M. Roux.

LE SOCIALISME ET LA COMMUNE[2],

Insurrection du 18 mars,

Étudiée au point de vue du droit et de l'économie politique, par M Arnault.

Compte rendu par M. Gabriel Debacq,
Docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris.

Voici deux livres qu'il serait singulièrement imprudent de juger sur le titre :

Le Droit en matière de sépulture, de M. Roux, promet au lecteur un travail où les principes juridiques tiennent la première place. *Le Socialisme et la Commune*, de M. L. Arnault, éveillent l'idée d'une œuvre dont la politique, l'histoire ou l'économie sociale doivent faire seuls les frais.

C'est le contraire qui est la vérité.

L'auteur du *Socialisme et de la Commune* a voulu faire, et a fait du droit. Il a pensé et écrit en jurisconsulte. Il a compris que le temps était passé de la polémique ardente et des lieux communs déclamatoires, que le moment était venu de la « *critique* ». Il s'est dit que pour combattre utilement et réduire à néant les utopies qui ont donné à la Commune ses premiers adeptes et ses derniers défen-

[1] Lecoffre, libraire, Paris et Lyon.
[2] In-8°, Toulouse.

Digitized by Google

seurs, il fallait avant tout démontrer que toutes les promesses des prétendus réformateurs étaient mensonges, tous les progrès par eux allégués de vaines illusions, toutes leurs libertés de simples étiquettes destinées à éblouir le vulgaire et à l'abri desquelles ils entendaient faire germer et s'épanouir le plus intolérable des despotismes. Cette démonstration, M. Arnault l'a entreprise, et pour la faire complète, irréfutable, il a procédé avec la méthode la plus rigoureuse, la logique la plus implacable.

Quelles idées, quels principes, quelles théories sociales, économiques ou politiques ont dicté les décrets de la Commune et inspiré ses actes? Voilà ce qu'a recherché M. Arnault; et, les recherches achevées, il en a établi le bilan. Les hommes de la Commune ont fait le mal sans pouvoir même invoquer l'excuse d'avoir voulu le bien : satisfaire leurs appétits, s'assurer le plus longtemps possible la jouissance et les bénéfices du pouvoir, tel a été l'unique but par eux poursuivi; le seul mobile de leurs agissements. Les idées généreuses, les théories élevées ont manqué aux hommes de 1871, et s'ils ont mérité de se signaler à l'attention publique, c'est seulement par la grandeur des attentats dont ils se sont rendus coupables.

Après avoir ainsi précisé les tendances générales de la Commune, M. Arnault prend un à un chacun de ses actes, le classe avec les actes de même nature, le rapproche de ses congénères ou le place en regard de ses opposés, le dissèque en quelque sorte, puis la dissection faite, le juge d'après les données du droit, de la science sociale, de l'économie politique.

C'est dans le procédé de discussion, de critique employé par l'auteur qu'est surtout l'originalité du livre.

Rien de curieux comme les chapitres que consacre M. Arnault à l'état des personnes, la propriété, la liberté de la presse selon les droits de la Commune, la liberté du travail, de l'industrie et du commerce; rien de plus intéressant que ce rapprochement du principe posé, accusé dans les proclamations, et des décrets destinés à le mettre à exécution, que cette opposition constante de la théorie et de la pratique; rien de plus piquant que cette comparaison par exemple du respect

Digitized by Google

officiel de la propriété et de ce que l'auteur appelle le « respect réel », c'est-à-dire les décrets sur les loyers, les confiscations, les saisies, les élections des officiers ministériels dont se rendent coupables ces bruyants adversaires de la propriété individuelle, indéfinie et perpétuelle, au fond ses partisans les plus chauds. Au chapitre IV, sur la liberté de la presse, l'auteur met en regard les fameuses déclarations de l'*Officiel* de la Commune, la suppression de 36 journaux, les voies de fait contre les rédacteurs; au chapitre V sur la liberté de l'industrie, de la discussion relative aux travaux de nuit des ouvriers boulangers, l'auteur rapproche le décret de la commission exécutive du 20 avril, la taxe officielle du pain (*Officiel* du 7 mai).

Suit une très-substantielle étude sur le droit criminel de l'insurrection du 18 mars, les juridictions criminelles par elles créées, la procédure devant ces juridictions, les arrestations, les mises en accusation et un appendice sur la justice civile.

Conclusion. Les gens de la Commune étaient des ignorants et des incapables; ils ne possédaient aucune des connaissances indispensables à qui se veut mêler de réformer la société et s'occuper de gouverner les hommes. Ils ne savaient rien dans l'ordre du droit et de l'économie politique.

Tout cela, il n'est pas mauvais qu'on le dise et qu'on le répète. Il ne faudrait pas cependant se faire d'illusions. Les doctrines, les hommes de la Commune sont incompatibles avec les principes sur lesquels reposent les sociétés humaines telles qu'on les comprend d'ordinaire. M. Arnault le démontre d'une manière irréfutable. Avec elle, plus de famille, plus de propriété, plus de travail, plus de liberté, rien en un mot de ce qui, depuis que le monde est monde, constitue la base de tout ordre social, de toute sécurité publique. Cela doit rendre la Commune odieuse, soit; mais odieuse à ceux qui ont leur place faite dans la société ainsi constituée, à ceux qui profitent de la famille, de la propriété, du travail, de la liberté. Mais cela aussi rend la Commune chère à ceux, et ils sont nombreux, pour qui la famille n'existe pas même à l'état de vague souvenir ou d'avenir lointain, pour qui la propriété ne se révèle que sous la forme du bien d'autrui, le

Digitized by Google

travail que comme une fatigue insuffisamment rémunérée, la liberté comme le privilége des gens à qui fortune acquise et aisance assurée permettent d'en jouir. Il est donc infiniment probable que le livre de M. Arnault, et les démonstrations topiques qu'il fait de l'ignorance, de l'incapacité, de la sottise des gens de la Commune, ne sauraient enlever à ces hommes et à ces idées beaucoup de leurs partisans.

Il n'en faut pas moins applaudir sérieusement à l'œuvre entreprise par M. Arnault. Si le résultat immédiat fait défaut, il n'est pas mauvais de répéter à tous et à chacun que le désintéressement n'est pas ici-bas la vertu dominante; que trop souvent un réformateur prétendu est doublé d'un ambitieux plus ou moins habile, plus ou moins éhonté, qu'au fond des plus bruyantes protestations de dévouement absolu à la chose publique, on ne trouve souvent qu'un désir fort vif de la part de celui qui les produit, d'assurer au plus vite à soi et aux siens la satisfaction d'un intérêt particulier ; que ceux qui promettent le plus sont en général ceux qui tiennent le moins, et que les démagogues sont en général les pires despotes. Quand, à force d'être répétée, cette vérité aura fini par passer à l'état d'axiome, un grand pas sera fait dans le sens de l'apaisement social.

Sans doute ces idées ne feront pas rapidement leur chemin. Des travaux critiques comme celui de M. Arnault peuvent contribuer à les répandre ; et le succès, en tout cas, ne saurait manquer à des publications de cette nature. A quelque opinion qu'on appartienne, il est impossible de ne point accueillir favorablement un livre où l'auteur, faisant table rase de tout parti pris, s'abstenant de toute polémique et de toute déclamation, n'a été évidemment inspiré que par le désir de trouver et de dire la vérité.

Nous ne saurions en dire autant du livre de M. Roux sur le droit de sépulture, c'est un pamphlet avant d'être un livre de droit. Si la deuxième partie du travail de M. Roux contient d'utiles renseignements et d'intéressantes solutions juridiques, la première moitié, tout entière, pourrait être supprimée sans inconvénient. Nous n'hésitons pas à dire qu'à cette

Digitized by Google

suppression l'œuvre gagnerait certainement. Nous ne voyons pas quel intérêt le lecteur qui cherche à s'instruire peut trouver à rencontrer dans un travail sur le droit de sépulture un commentaire du *Dies iræ*, ou une paraphrase des psaumes. Nous n'admettons pas que sous le couvert d'un travail juridique on consacre cent pages et plus à apprécier avec une sévérité qui n'est souvent que de la malveillance, ceux qui peuvent ne pas partager les opinions religieuses de l'auteur. Sans doute les gens qu'attaque M. Roux prêtent largement le flanc à la critique, et l'on ne voit pas que jusqu'à ce jour les sectaires de la libre pensée aient, à aucun point de vue, fait preuve d'une supériorité quelconque sur leurs contemporains moins indépendants d'opinion. Mais en vérité, c'est faire beau jeu aux adeptes du matérialisme que de venir les combattre à l'aide d'affirmations aussi difficiles à justifier que les négations auxquelles on les oppose. Il est certains sujets qu'il est périlleux d'aborder. Il faut se garder de s'engager quand on s'adressse à des lecteurs qui n'ont pas fait vœu de tout accepter sur parole, sans vérification ni contrôle, sur un terrain où les preuves font défaut et où, comme point de départ, le raisonnement ne trouve à sa disposition que des hypothèses respectables, si l'on veut, mais hypothèses enfin, et ne reposant sur aucune donnée positive. Quand donc les hommes seront-ils assez raisonnables pour reconnaître que tous les systèmes philosophiques et métaphysiques sont également discutables, qu'en métaphysique affirmative et négative sont également probables? Il faudrait n'oublier point que s'il est en ce monde des gens qui se sont mis à nier, c'est parce qu'avant eux il y avait eu des gens qui avaient affirmé, et affirmé des choses qu'ils ignoraient et qu'ils ne pouvaient savoir. Le matérialisme, nous ne nous servons de ce mot que parce qu'on le trouve à chaque page dans le livre de M. Roux, est moins une doctrine proprement dite qu'une protestation contre les doctrines, que d'aucuns ont voulu définir et présenter comme d'indiscutables vérités.

La loi humaine est faite pour régir des sociétés humaines ; elle n'a point à s'occuper des questions de dogme, de métaphysique et de spéculation philosophique ou religieuse. Elle

Digitized by Google

n'a point à s'inquiéter de croyances qu'elle doit également éviter de favoriser ou d'interdire.

Il est toujours mauvais quand il s'agit de l'interpréter, de l'appliquer, ou de suppléer à son silence de se laisser aller aux inspirations de l'esprit de parti.

Il est fâcheux qu'aujourd'hui un livre sur le droit de sépulture puisse présenter une utilité réelle; s'il est quelque chose d'affligeant, ce sont ces compétitions qui s'agitent autour d'une tombe, ces luttes en face du cercueil, de sectes dont l'unique préoccupation est d'affirmer que celui qui n'est plus, que celui qui, par la mort, est pour la première fois en possession de l'indiscutable vérité, comptait au nombre de ses fidèles ou de ses affiliés. Il faut substituer à ces luttes et à ces compétitions le langage et l'autorité du droit; et pour arriver au but, la première précaution à prendre, c'est d'oublier ses préférences, ses croyances même, pour ne plus se souvenir que du respect dû à la volonté légalement exprimée du *de cujus*, et des nécessités absolument prédominantes de l'ordre public. M. Roux malheureusement s'est inspiré d'idées d'un autre ordre où la tolérance pour les opinions d'autrui ne tient qu'une place de second ordre; il a ainsi retiré, à quelques-unes des solutions qu'il propose, beaucoup de solidité et prêté le flanc à des controverses et a des récriminations qu'un peu plus de modération lui aurait épargnées.

Cette part faite à la critique, nous sommes heureux d'appeler l'attention de nos lecteurs sur la deuxième partie du livre de M. Roux, où celui-ci examinant les questions de sépulture si vivement agitées dans ces derniers temps, recherche quelle influence déterminante doit avoir en elle-même la volonté plus ou moins clairement exprimée du *de cujus*, celle des membres survivants de la famille, conjoint, enfants, ascendants, tuteurs, collatéraux, de quelle façon doivent être conciliées les prétentions diverses que peuvent élever des parents au même degré.

Revenu sur ce terrain, M. Roux retrouve la langue et l'autorité du jurisconsulte. S'il se laisse, même alors, aller à admettre trop facilement certains témoignages, à cause du caractère religieux de ceux qui les produisent, à en écarter, trop légèrement peut-être, certains autres, parce que ceux

Digitized by Google

dont ils émanent ont des opinions opposées aux siennes, il n'est que juste de reconnaître que l'auteur a su, dans la plupart des cas qu'il examine, oublier ses préférences pour ne se laisser inspirer que par les principes du droit le plus exact. Si nous nous séparons du polémiste et critiquons toute la première partie de son livre, nous sommes disposé à accepter, presque sans réserve, la plupart des solutions que le jurisconsulte propose dans la deuxième partie.

GABRIEL DEBACQ.

ERRATA.

Livraison de Février.

Page 98, note 1, } au lieu de : *Accarias*, lisez : *Acollas*.
Page 119, ligne 31, }

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

3190. Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière et Cᵉ, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la jurisprudence du Conseil d'État,

Par M. Paul Collet,
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIRS. — QUESTION DE RECEVABILITÉ.

I. La question que nous nous proposons d'examiner a déjà été, dans cette *Revue*, l'objet d'un travail intéressant de M. Rozy, professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Toulouse (t. XXXVII, p. 97).

Il s'agit de savoir si le recours direct au Conseil d'État pour incompétence ou excès de pouvoirs est recevable contre un acte administratif, alors qu'une autre voie est ouverte aux citoyens pour échapper à l'application de cet acte.

Le décret du Conseil d'État, du 4 février 1869, *Boulangers de Montluçon*, critiqué par M. Rozy, avait déclaré non recevable un recours pour excès de pouvoirs formé contre un arrêté municipal, qui réglementait la profession de boulanger. — Et cela, parce que les réclamants avaient, pour se défendre contre l'application de cet arrêté, le droit de faire décider par l'autorité judiciaire, saisie des contraventions, que les dispositions qui leur préjudiciaient n'avaient pas été légalement prises (art. 471-15° C. pén.). M. Rozy a opposé à ce décret un certain nombre de décisions antérieures, dans lesquelles le Conseil d'État n'a pas cru devoir renvoyer les réclamants devant l'autorité judiciaire, et a prononcé lui-même l'annulation de l'acte administratif. (Voir surtout 25 février 1864, *Lesbats*.)

Faut-il en conclure que le décret précité du 4 février 1869 a marqué le point de départ d'un changement complet dans la jurisprudence du Conseil d'État? Nous ne le croyons pas. — On peut citer, en effet, des décisions plus récentes qui ont admis le recours pour excès de pouvoirs contre des arrêtés municipaux, dans des cas où la légalité de ces arrêtés aurait pu être examinée par une autre juridiction (20 décembre 1872, *Billette*).

II. La vérité est que, sur cette importante question de recevabilité, la jurisprudence du Conseil d'État ne s'est jamais

Digitized by Google

fondée sur une théorie générale et absolue. Ce n'est pas seulement au cas de concours entre le recours pour excès de pouvoirs et le recours à l'autorité judiciaire répressive que nous voyons se produire les hésitations de la jurisprudence : elles se révèlent au même degré dans tous les cas où, à côté du recours pour excès de pouvoirs, se trouve un autre recours, soit à l'autorité judiciaire civile, soit à l'autorité administrative, par la voie gracieuse ou par la voie contentieuse. Nous allons citer quelques exemples :

1° En matière d'octroi, les tribunaux civils sont compétents pour apprécier la légalité de la taxe réclamée (L. 7-11 septembre 1790; 2 vendémiaire an VIII; 5 ventôse an XII; 21 avril 1816).

Cette voie de recours devra-t-elle faire écarter le recours pour excès de pouvoirs? Non, d'après un certain nombre de décisions. (Voir notamment 28 décembre 1854, *Rousset;* 15 mai 1869, *commune de Petite-Synthe.*) Mais, dans d'autres affaires, le Conseil d'État a refusé de statuer et a renvoyé les réclamants à l'autorité judiciaire (26 décembre 1867, *de la Derrière*).

2° Le recours au ministre, supérieur hiérarchique, est toujours ouvert aux parties contre les actes des préfets. — Cependant il est admis en principe, depuis de longues années, que le recours pour excès de pouvoirs peut être directement porté au Conseil d'État (18 janvier 1826, *Bouin;* 16 juin 1831, *Turodin;* 10 avril 1867, *Dobiche*). Cette règle n'a pas empêché le Conseil d'État de renvoyer quelquefois les parties à se pourvoir au ministre (21 mai 1867, *Abeille;* 10 février 1869, *Broutin*).

3° Enfin, dans un certain nombre de matières, un recours contentieux a été donné aux particuliers devant le conseil de préfecture. — Celui-ci statue notamment, en vertu de la loi du 28 pluviôse an VIII, sur la légalité des arrêtés préfectoraux qui autorisent les occupations de terrains nécessaires à l'exécution de travaux publics. La question de savoir ce qu'il faut entendre par un *travail public* est souvent fort difficile. On a soutenu que l'exploitation d'un chemin de fer n'avait pas le caractère d'un travail public, et qu'elle s'exerçait dans l'*intérêt privé* de la compagnie concessionnaire. Quelle est l'autorité compétente pour décider si l'occupation

Digitized by Google

de terrains, pour les besoins de l'exploitation, pouvait être autorisée légalement par arrêté préfectoral? C'est le conseil de préfecture, dit un décret du 7 juillet 1863, *Leremboure*. Oui, mais c'est aussi le Conseil d'État, dans le cas où il y a excès de pouvoirs, dit un autre décret du 17 juillet 1874, *Monnier*, qui repousse comme mal fondé et non pas comme irrecevable le recours pour excès de pouvoirs.

III. Nous citerons un dernier exemple, parce qu'il montre encore plus nettement les deux systèmes qui ont amené les variations de la jurisprudence sur cette question de recevabilité.

Un préfet autorise sans enquête un établissement de première classe. L'excès de pouvoirs est flagrant. Quelle est l'autorité compétente pour prononcer l'annulation de l'arrêté? Est-ce le Conseil d'État, statuant sur un recours pour excès de pouvoirs, ou bien le conseil de préfecture, juge des oppositions aux autorisations d'ateliers insalubres, en vertu de l'article 7 du décret du 15 octobre 1810?

Dans une affaire *Perrache*, jugée le 6 mai 1853, les réclamants s'étaient adressés au Conseil d'État. — On prétendait écarter leur recours par une fin de non-recevoir et les renvoyer à se pourvoir devant le conseil de préfecture. — Voici les termes du décret rendu par le Conseil d'État :

« Sur la fin de non-recevoir opposée au pourvoi : — Con-
« sidérant qu'aux termes de la loi des 7-14 octobre 1790, les
« arrêtés des préfets peuvent nous être déférés directement
« pour cause d'incompétence et d'excès de pouvoirs et
« qu'*aucune disposition* du décret du 15 octobre 1810 sur les
« ateliers insalubres n'a *interdit* aux intéressés cette voie de
« recours. »

Cette jurisprudence a été longtemps suivie en cette matière. (Voir notamment 17 juillet 1862, *Larnac*.)

Mais, dans deux décrets récents, le Conseil d'État vient d'adopter une solution contraire. C'était également le défaut d'enquête que les recours pour excès de pouvoirs invoquaient contre des arrêtés d'autorisation.

« Considérant, dit le Conseil d'État, qu'aux termes de
« l'article 7 du décret du 15 octobre 1810, combiné avec le
« décret du 25 mars 1852, tableau B, les oppositions aux
« arrêtés des préfets portant autorisation de créer un atelier

Digitized by Google

« insalubre de première ou de deuxième classe doivent être « portées devant le conseil de préfecture, sauf recours au « Conseil d'État; que *dès lors* les requérants ne sont pas re- « cevables à se pourvoir directement pour excès de pouvoirs « devant le Conseil d'État contre l'arrêté d'autorisation. » (14 janvier 1876, *Regnault;* 25 février 1876, *Duboys d'Angers.*)

Ainsi, en 1853, le recours pour excès de pouvoirs est de droit commun; il est ouvert aux parties à moins de disposition contraire. — En 1876, il n'est ouvert aux parties qu'à défaut d'autre recours. La recevabilité n'est plus la règle, elle devient l'exception. La contradiction est formelle, incontestable.

IV. Entre ces deux systèmes, contraires et absolus, y a-t-il place pour une théorie intermédiaire? Est-il possible de déterminer les cas exceptionnels, dans lesquels, malgré l'existence d'une autre voie de recours, les parties auraient le droit de s'adresser directement au Conseil d'État? Nous ne le croyons pas, et nous ajouterons que ce système serait le plus mauvais de tous. — La détermination de ces cas exceptionnels serait nécessairement arbitraire et l'on verrait se reproduire les variations de la jurisprudence. Elle n'aurait ni règle ni fixité, au grand préjudice des particuliers, maintenus dans un état d'incertitude complète sur la voie à suivre pour échapper aux conséquences et à l'application des actes entachés d'excès de pouvoirs.

Il ne nous paraît donc pas que les deux systèmes en présence soient susceptibles de tempéraments, et nous croyons, au contraire, que, peu à peu et par la force même des choses, la jurisprudence sera amenée à appliquer rigoureusement, à toutes les hypothèses, celui des deux systèmes qu'elle aura choisi. Il faudra, ou bien ouvrir dans tous les cas aux parties le recours pour excès de pouvoirs, ou bien le déclarer irrecevable dans les cas où il existe une autre voie de recours. C'est vers cette dernière solution que semblent se diriger les tendances de la jurisprudence actuelle. Nous voulons exposer les raisons qui nous paraissent devoir faire admettre la solution contraire, que nous croyons seule conforme au principe, à la nature et à l'objet du recours pour excès de pouvoirs.

Digitized by Google

V. Si l'on se reporte à l'origine du recours pour excès de pouvoirs, on ne rencontre aucun texte précis qui en ait fixé les conditions et réglé l'exercice. On trouve seulement, dans une loi des 7-14 octobre 1790, cette formule vague et incomplète : « Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps « administratifs ne sont, en aucun cas, *du ressort des tribu-* « *naux ;* elles seront portées au roi, *chef de l'administration* « *générale ;* et dans le cas où l'on prétendrait que les ministres « de Sa Majesté auraient fait rendre une décision contraire « aux lois, les plaintes seront adressées au Corps législatif. » (Duvergier, *Coll. des lois*, 394.)

Cette disposition trahit surtout une préoccupation qui se retrouve dans tous les documents législatifs de l'époque : empêcher l'immixtion du pouvoir judiciaire dans les actes de l'autorité administrative. On avait perdu le souvenir des services rendus par les Parlements dans les siècles passés, alors que ces grands corps judiciaires pouvaient seuls opposer une résistance légale à l'arbitraire du souverain. Aussi le pouvoir exécutif ne fut-il pas seul à empêcher la formation d'un nouveau corps de magistrature, qui aurait pu, comme l'ancien, engager une lutte contre la royauté; il eut pour alliés les partisans mêmes du progrès social et de la liberté politique. Il en résulta que, sous prétexte de séparer les trois pouvoirs, on supprima l'un des trois, et que l'autorité judiciaire cessa d'exister à l'état de *pouvoir* dans le nouveau droit public.

C'est à ce sentiment de défiance qu'est due la pensée de séparer le contentieux administratif du contentieux judiciaire, et de confier à l'administration elle-même le soin de juger le contentieux administratif. Le texte obscur de la loi des 7-14 octobre 1790 n'est que la conséquence de ces principes. C'est au roi, chef de l'administration générale, à statuer sur les réclamations d'incompétence.

VI. « Cette petite loi de l'Assemblée constituante était « une semence féconde qui est devenue un grand arbre. » (Conclusions de M. le commissaire du gouvernement Robert, 21 juillet 1864.) Cet arbre s'est développé lentement, enfonçant peu à peu ses racines dans notre organisation administrative, et il est devenu si grand que l'on signale aujourd'hui, comme une objection à notre théorie, le danger de le voir

Digitized by Google

couvrir et absorber le domaine tout entier du contentieux administratif. Est-ce au travail et aux soins du législateur qu'est dû ce développement successif du recours pour excès de pouvoirs? En aucune façon, et, chose étrange, après tant d'années écoulées depuis 1790, après tant de changements dans notre droit public, après tant de révolutions, faites la plupart au nom de la liberté, on n'a pas trouvé un moment pour organiser législativement le recours destiné à protéger la fortune et les droits des citoyens contre l'arbitraire administratif!

Comment donc ce recours a-t-il pu se développer et grandir? C'est qu'il répond à une nécessité sociale et à un besoin politique impérieux.

Dans tout État organisé, l'excès de pouvoirs commis par les agents administratifs est un danger, non pas seulement pour les intérêts privés, mais encore et surtout pour le gouvernement lui-même. Ce danger est d'autant plus grave que la centralisation administrative relie plus intimement au pouvoir central toute une armée de fonctionnaires répandus sur les diverses parties du territoire. Alors, en effet, c'est au pouvoir central que l'on est disposé à faire remonter la responsabilité de l'arbitraire, s'il n'existe pas pour les citoyens lésés un moyen simple, facile, accessible à tous, pour se défendre contre les excès de pouvoirs. — Il ne faut pas laisser pénétrer dans l'esprit public cette pensée malsaine qu'il est plus facile de renverser le gouvernement établi que d'avoir raison de l'arbitraire d'un de ses agents. Car alors « le gouvernement prend une si grande part à toutes choses « que les mécontents considèrent sa destruction comme le « premier de tous les remèdes. » (Vivien, *Études administratives*, t. I, p. 44.)

VII. Pour éviter ce danger, la législation française a fait peu de chose. — La faculté d'appel pour les causes administratives les plus minimes, la dispense des frais, dans certaines matières, voilà en définitive à quoi se réduisent les précautions prises pour faciliter aux citoyens le recours contre les actes administratifs. Mais, quelque insuffisantes qu'elles soient, elles révèlent du moins cette préoccupation constante de dégager la responsabilité du gouvernement des fautes de ses agents. — « Les griefs les plus minimes, disait

Digitized by Google

« M. Aucoc dans ses conclusions sur une affaire *Bizet*, jugée « le 13 mars 1867, peuvent, en se multipliant, causer de « graves mécontentements. Il fallait donc que cette sorte « de *soupape de sûreté* fût toujours ouverte. »

Et il ajoutait immédiatement, en s'adressant au Conseil d'État : « Vous vous êtes inspirés de cette pensée du législa- « teur dans votre jurisprudence sur les excès de pouvoirs. »

Tel est, en effet, le principe qui a dirigé le Conseil d'État en cette matière; tel est le principe qui a donné la vie et la force à ce germe fécond déposé comme par hasard dans la loi des 7-14 octobre 1790. — En développant le recours pour excès de pouvoirs, le Conseil d'État a entendu satisfaire à un intérêt d'ordre public. Et voilà pourquoi la jurisprudence, suppléant à l'œuvre imparfaite du législateur, a réglé les formes de ce recours, en a déterminé les conditions et organisé l'exercice. Voilà ce qui explique surtout comment cette jurisprudence s'est montrée d'autant plus libérale que la Constitution politique du pays offrait moins de garanties aux citoyens contre l'arbitraire du pouvoir central. — C'est depuis 1851, dans une période où la responsabilité ministérielle n'existait pas, où la liberté de la presse était supprimée, que le recours pour excès de pouvoirs s'est rapidement développé et élargi. Pourquoi? si ce n'est parce que l'on jugeait indispensable de tenir cette soupape de sûreté toujours ouverte, et parce qu'enfin, si l'arbitraire du pouvoir central était descendu de degré en degré jusque dans les actes des fonctionnaires du dernier ordre, le pays n'aurait pu supporter longtemps ce dangereux despotisme.

VIII. Voilà quel est, selon nous, le véritable principe de ce recours. Il devient facile d'en déterminer la nature et d'en préciser l'objet. A raison même du principe qui lui sert de base, ce recours est, par sa nature, destiné plutôt à protéger le gouvernement contre les conséquences des fautes de ses agents qu'à donner satisfaction à l'intérêt privé. — Aussi, pour ouvrir ce recours, n'est-il pas nécessaire qu'un préjudice ait été causé, il suffit qu'il soit possible, et tous les habitants d'un département, par exemple, ont qualité pour attaquer un arrêté préfectoral, avant même qu'ils aient été lésés par son application (30 mars 1867, *Leneveu*). Ce n'est pas non plus une action populaire, dans le sens que nous donne le droit

Digitized by Google

romain, car il ne suffit pas d'être citoyen français pour pouvoir demander l'annulation de tout acte entaché d'incompétence ou déniés de pouvoirs. Il faut encore que cet acte puisse être appliqué au réclamant (15 mai 1869, *Greset*). Il n'a pas pour objet de faire statuer sur l'opportunité de l'acte ou de faire obtenir la réparation pécuniaire d'un préjudice causé. Son objet unique, c'est l'annulation de l'acte pris par un fonctionnaire en dehors des limites assignées à son pouvoir.

IX. Pour que ce recours pût atteindre le but qui lui était assigné, que fallait-il? D'abord une juridiction assez haute pour que les fonctionnaires administratifs dussent s'incliner devant ses décisions. Il ne serait pas juste d'apprécier l'importance du recours d'après le nombre des actes administratifs qu'il a fait annuler. — Il faut tenir compte de tous les excès de pouvoirs qu'il a empêché de se produire, en traçant les limites des attributions et des droits de chaque fonctionnaire. Il fallait aussi que, par son élévation même, cette juridiction offrît aux citoyens certaines garanties, qu'elle fût placée en dehors des passions locales, et en même temps assez mêlée à la vie administrative pour ne pas craindre de la voir arrêtée par l'annulation de certains actes. C'est à cette condition que pouvait être utilement exercé, dans l'intérêt des particuliers et dans l'intérêt de l'État, un pouvoir de haute discipline, non pas sur les personnes, mais sur les actes des fonctionnaires. En droit, ce pouvoir était confié au roi ou à l'empereur, mais en fait l'avis du Conseil d'État constituait une véritable décision; aujourd'hui le Conseil d'État a été légalement investi de cette haute juridiction.

Il fallait enfin une procédure simple, rapide, peu coûteuse, afin que le recours fût accessible à tous. De là cette règle, admise depuis longtemps par la jurisprudence, que le recours pouvait être porté directement, *omisso medio*, au Conseil d'État contre les actes de tous les fonctionnaires, quel que fût leur rang dans la hiérarchie administrative. (Voir 18 janvier 1826, *Bouin*, et la note.) De là aussi le décret du 2 novembre 1864, qui permet aux parties d'introduire elles-mêmes le recours, sans le ministère d'avocats et sans autre frais que ceux de timbre et d'enregistrement.

Voilà dans ses traits principaux le caractère de la haute

Digitized by Google

juridiction, qui depuis 1790 a été, en fait, sinon en droit, exercée par le Conseil d'État.

X. Et maintenant, si nous posons de nouveau la question que nous avons formulée au début, nous n'hésitons pas sur le choix de la solution.

Comment admettre que cette action, créée dans un but politique supérieur, soit écartée toutes les fois qu'il existe au profit des particuliers une autre voie de recours? Est-il possible que ce pouvoir souverain de contrôle, que l'on a comparé quelquefois au pouvoir de la Cour de cassation dans l'ordre judiciaire, s'incline devant une autre juridiction, parce que celle-ci pourra donner également satisfaction à l'intérêt privé?

L'intérêt privé n'est que secondaire, quand il s'agit d'excès de pouvoirs Ce qui est important, c'est d'établir l'unité dans l'interprétation des lois qui règlent et qui limitent les attributions des fonctionnaires; c'est encore et surtout d'ouvrir une *soupape de sûreté* à tous les mécontentements et à toutes les colères que provoquent des actes arbitraires. Or nous pouvons affirmer qu'aucune autre voie de recours ne peut atteindre ce double but.

XI. Mais, alors même qu'il en serait autrement, en résulterait-il qu'il fallût interdire la coexistence de deux recours tendant directement ou indirectement au même but? Où trouve-t-on, dans notre législation, ce principe supérieur qui prohiberait le concours de deux actions? Nous le cherchons en vain et nous trouvons partout le principe contraire. Lorsqu'un particulier est lésé par un fait délictueux, il peut poursuivre la réparation de ce préjudice devant le tribunal de répression, accessoirement à l'action publique; mais il peut aussi introduire séparément son action devant le tribunal civil (art. 3, C. inst. crim.). En matière de brevets d'invention, l'industriel, qui veut faire prononcer la nullité ou la déchéance d'un brevet, n'est pas obligé de se porter contrefacteur pour opposer, par voie d'exception devant le tribunal correctionnel, cette nullité ou cette déchéance; il peut saisir directement de sa demande le tribunal civil (art. 34 et 46 L. 5 juillet 1844).

Pourquoi donc, s'il s'agit d'arrêtés de police, forcer les citoyens à commettre une contravention pour opposer, par

Digitized by Google

voie d'exception, l'illégalité de l'acte administratif, alors que le recours pour excès de pouvoirs leur offre une action directe et principale? Pourquoi, s'il s'agit de taxes assimilées aux contributions directes, forcer le contribuable à présenter au conseil de préfecture, sous forme de demandes en décharge, les moyens qu'il peut faire valoir contre la légalité de la taxe, alors qu'il peut adresser au Conseil d'État ce grief d'excès de pouvoirs? Est-ce que précisément cette matière des contributions ne nous offre pas l'exemple de deux recours, entre lesquels le droit de choisir n'a jamais été contesté aux contribuables? Au lieu de s'adresser au conseil de préfecture, ils peuvent, en vertu d'un article inséré depuis 1818 dans toutes les lois de finances, former contre le receveur une action en répétition devant le tribunal civil, qui sera juge de la question de légalité (14 décembre 1862, *Grelleau*).

Ce n'est donc pas dans les principes généraux de notre droit que peut se trouver la raison d'écarter le recours pour excès de pouvoirs lorsqu'il existe une autre voie de recours.

XII. Est-ce que, d'ailleurs, cette autre voie pourra avoir le même principe, le même objet? est-ce qu'elle présentera les mêmes garanties, les mêmes avantages? Le conseil de préfecture, qui accordera décharge d'une taxe illégalement établie, ou le juge de simple police, qui renverra le prévenu de contravention à un règlement administratif illégal, déclarera quelque part, dans les motifs de sa décision, qu'il y a eu excès de pouvoirs. Mais ni l'un ni l'autre ne prononcera l'annulation de l'acte. Le résultat sera-t-il le même? Pour le citoyen lésé? peut-être. Mais l'arrêté préfectoral, déclaré illégal dans l'intérêt d'un contribuable ou d'un contrevenant, sera exécuté contre tous les autres. Et au mécontentement produit par l'illégalité de l'acte, s'ajoutera le sentiment d'une injustice commise au détriment de tous ceux qui n'ont pas su ou qui n'ont pas pu réclamer en temps utile. L'intérêt public n'aura pas eu satisfaction.

Avons-nous besoin de comparer les garanties et les avantages de ces divers recours avec ceux du recours pour excès de pouvoirs. Ne suffit-il pas de rappeler que dans celui-ci c'est le Conseil d'État qui statue et que le recours porté directement devant lui s'exerce presque sans frais?

XIII. Nous pourrions nous arrêter et conclure en disant

Digitized by Google

qu'aucun principe ne s'oppose à la coexistence de deux recours, alors surtout qu'ils n'ont ni le même caractère ni le même objet. Mais nous rencontrons une contradiction. On croit trouver, dans les règles de notre organisation politique actuelle, une raison pour n'admettre le recours pour excès de pouvoirs qu'à titre de recours supprême, à défaut de tout autre.

Sous la monarchie et sous l'Empire, le Conseil d'État donnait son avis; mais en droit, sinon en fait, c'était le chef de l'État qui rendait le décret. — Le recours pour excès de pouvoirs était ainsi un recours administratif porté, d'après les termes mêmes de la loi de 1790, au chef supérieur de l'administration. En cette qualité, celui-ci avait le droit de connaître de tous les actes des fonctionnaires, sans en excepter les décisions des ministres. Il n'en saurait être de même, dit-on, sous la Constitution actuelle. Le Conseil d'État a été investi, par la loi du 24 mai 1872, d'un véritable pouvoir juridictionnel. Mais il ne peut pas substituer sa juridiction à celles que la loi a organisées dans certaines matières. Il doit donc se déclarer incompétent, toutes les fois qu'il existe une autre voie de recours tendant à protéger les citoyens contre l'application d'actes entachés d'excès de pouvoirs. Telle est la pensée qui ressort des termes des décrets récents que nous avons cités. En matière d'établissements insalubres, le décret de 1810 a réservé aux tiers un recours au conseil de préfecture contre l'arrêté d'autorisation. Le Conseil d'État en a conclu qu'il ne pouvait plus faire comme juge ce que l'empereur ou le roi faisait comme supérieur hiérarchique du préfet, parce qu'il empiéterait ainsi sur les attributions légales du conseil de préfecture.

XIV. Nous ne méconnaissons pas l'importance des changements apportés par la loi de 1872 dans les attributions et dans l'organisation du Conseil d'État, et nous sommes plus disposés à l'exagérer qu'à l'amoindrir. Nous y voyons un premier coup porté à l'étrange système que la Constituante de 1790 avait revêtu du nom trompeur de *séparation des pouvoirs*. — Le tribunal des conflits et le Conseil d'État ne sont plus seulement les auxiliaires du pouvoir exécutif; ils en sont indépendants et les décisions qu'ils prennent ne sont plus soumises à son approbation. C'est un premier essai tenté en

Digitized by Google

faveur de la constitution d'un pouvoir judiciaire ayant une existence propre et destiné à servir de contre-poids dans l'organisation des pouvoirs publics. — Cet essai sera-t-il continué et étendu? Nous l'espérons, parce que nous pensons que « sans tribunaux libres, indépendants, décidant des af-« faires du droit public comme de celles du droit privé, ja-« mais on ne parvient à créer dans l'État plus qu'un absolu-« tisme déguisé, que ce soit la royauté ou le Parlement qui « exerce le pouvoir ». (Fischel, *la Constitution d'Angleterre*, p. 42.)

Mais voyons si cette différence d'organisation politique peut avoir sur notre question une influence décisive. — Sous la Constitution actuelle, comme sous la Constitution impériale, le principe de nos institutions est le principe de la souveraineté nationale. — La délégation faite à l'empereur, chef du pouvoir exécutif, était plus étendue; cela est incontestable. Il nommait et révoquait les fonctionnaires administratifs, il jugeait en dernier ressort le contentieux administratif et il exerçait tout à la fois un pouvoir de discipline sur les personnes et un pouvoir de contrôle sur les actes des fonctionnaires. La délégation faite au Président de la République est assurément moins complète, et si le pouvoir exécutif comprend encore le droit de nommer et de révoquer les fonctionnaires, il ne comprend plus ni le droit de juger le contentieux, ni le droit d'annuler les actes administratifs entachés d'incompétence ou d'excès de pouvoirs. — Cette double attribution a été l'objet d'une délégation distincte, faite au profit du Conseil d'État par la loi du 24 mai 1872. Mais où trouve-t-on la preuve que la loi nouvelle, en chargeant le Conseil d'État de statuer sur les recours pour excès de pouvoirs, ait entendu restreindre et limiter cette mission? Le pouvoir de contrôle, que le chef de l'État exerçait comme administrateur, est exercé par le Conseil d'État, statuant comme juge, mais ce pouvoir n'en conserve pas moins toute l'étendue qu'il doit avoir pour être efficace, pour remplir le but d'intérêt public en vue duquel il est créé. La compétence du Conseil d'État n'est limitée que par cette seule condition, savoir : que le recours introduit devant lui ait réellement pour base l'incompétence ou l'excès de pouvoirs. Dans ces limites la juridiction du Conseil d'État peut se mouvoir

Digitized by Google

librement, sans crainte d'empiéter sur la compétence des autres juridictions.

XV. Nous savons qu'on a soutenu que le Conseil d'État ne pouvait trouver là une base « solide pour une théorie juri- « dique, et ne déclarer les pourvois recevables qu'autant qu'il « serait disposé à annuler les actes attaqués ». (Conclusions de M. Aucoc, 20 février 1868, *bouchers de Paris.*) Est-il donc possible de trouver une autre base? La plupart des actes attaqués pour excès de pouvoirs sont des actes d'administration pure, qui ne sont pas susceptibles de recours contentieux. Un seul recours est possible, le recours pour excès de pouvoirs. Il faut donc, pour que ce recours soit recevable, qu'il y ait un excès de pouvoirs, et s'il y a excès de pouvoirs, le Conseil d'État doit annuler l'acte attaqué. Quoi qu'on fasse, la question de recevabilité est indissolublement liée à la question du fond. La base réelle du recours, ce qui fait que le réclamant a le droit d'agir, c'est l'existence d'un excès de pouvoirs.

Et ceci nous amène à examiner une dernière objection, tirée de la prétendue confusion que notre système aurait pour conséquence d'amener entre le recours contentieux ordinaire et le recours pour excès de pouvoirs. Ils se confondront, dit-on, et l'un absorbera l'autre, car tout recours contentieux sera présenté comme recours pour excès de pouvoirs par les parties, intéressées à suivre une procédure plus rapide et moins coûteuse.

XVI. Est-il donc si difficile de distinguer le recours contentieux ordinaire du recours pour excès de pouvoirs? Nous ne le croyons pas. L'absence de lois codifiées et la terminologie spéciale adoptée par les auteurs et par la jurisprudence, ont jeté sur cette partie de notre droit une obscurité qui commence à peine à se dissiper. On a appelé recours contentieux ce qui, en droit civil, porte le nom d'action. *Sans droit, pas d'action.* Telle est la formule du droit civil qui s'applique également au droit administratif. Toutes les fois qu'un particulier peut invoquer un droit, il a une action civile. Il aura de même un recours administratif contentieux. Aura-t-il le recours pour excès de pouvoirs? Oui, si la violation du droit résulte d'un excès de pouvoirs. Les attributions confiées aux divers agents administratifs ont leurs limites

Digitized by Google

légales; elles sont subordonnées à certaines conditions quant au mode et quant à l'objet de leur exercice. Si ces conditions ne sont pas exactement remplies, le droit du citoyen est violé, et violé par un excès de pouvoirs.

Prenons un exemple. Le préfet rend exécutoires les rôles pour les frais de curage. Il agit *dans la limite de ses pouvoirs*, mais il peut violer un droit, s'il impose à un usinier une contribution trop forte et que celui-ci ne doit pas légalement supporter. Cette violation de droit donnera lieu à un recours contentieux au conseil de préfecture.

Mais supposons que sur ce rôle figurent, avec des frais de curage, des frais d'élargissement du cours d'eau, ordonné par arrêté préfectoral. Ici encore apparaît la violation d'un droit, mais en outre *elle résulte d'un excès de pouvoirs* parce que le préfet n'a pas le droit d'ordonner cet élargissement qui atteint les propriétés riveraines. Le recours direct au Conseil d'État devrait être accueilli.

Si nous avions à formuler la distinction qui doit servir de base pour l'introduction de l'un ou de l'autre recours, nous dirions : que tout excès de pouvoirs constitue bien une violation de loi, mais qu'au contraire toute violation de loi ne constitue pas un excès de pouvoirs.

XVII. N'est-ce pas, d'ailleurs, au système adverse que peut être justement adressé ce reproche de confusion entre les deux recours? C'est qu'en effet, dans ce système, poussé logiquement dans ses dernières conséquences, le recours pour excès de pouvoirs ne devient plus qu'un recours contentieux ordinaire d'appel. Le pouvoir de haute surveillance confié au Conseil d'État n'est plus que le pouvoir d'un juge du second degré. En perdant de vue le principe, on dénature le recours.

Voici pourquoi. Tout excès de pouvoirs constitue une violation de droit. Le citoyen lésé doit donc avoir un recours contentieux. Quel sera-t-il? A défaut de tout autre, ce sera le recours au ministre, juge ordinaire du contentieux administratif, d'après l'opinion généralement admise. Or si le Conseil d'État n'est compétent pour statuer sur le recours pour excès de pouvoirs qu'autant qu'il n'existe pas d'autre recours, il devra toujours renvoyer au ministre. Et il ne sera saisi qu'après la décision du ministre, c'est-à-dire qu'il ne

Digitized by Google

recevra plus en réalité qu'un recours d'appel. Le recours pour excès de pouvoirs se trouvera réduit au cas unique où l'acte entaché d'excès de pouvoirs émanera du ministre lui-même. Est-ce donc pour ce seul cas qu'a été fait le décret de 1864, simplifiant la procédure? Est-ce en vue d'une attribution aussi restreinte qu'a été rendue la loi de 1872? Cela n'est pas possible.

Il faut en revenir aux vrais principes. La compétence du Conseil d'État en cette matière ne peut être assimilée et encore moins subordonnée à celle d'aucune autre juridiction. Elle a pour base un principe supérieur et pour but la satisfaction d'un intérêt politique de premier ordre. Le pouvoir de haute surveillance et de contrôle qui lui est confié ne doit donc pas, pour être efficace, s'arrêter devant un autre pouvoir.

XVIII. C'est ainsi que le Conseil d'État, constitué en tribunal administratif, aura dans les institutions nouvelles l'importance qui lui appartient. Le temps est passé des défiances que suscitait la création d'une justice administrative indépendante. Ces défiances n'ont tourné qu'au profit de l'arbitraire; elles n'ont été entretenues que par la crainte de tout contrôle. Nous ne partageons pas l'opinion de ceux qui croient que le recours pour excès de pouvoirs peut être dangereux ou inutile.

Ils le considèrent comme dangereux, parce que, sous un régime républicain, le principe d'autorité a plutôt besoin d'être fortifié qu'affaibli. En admettant cette théorie, tout au moins contestable, on peut se demander si le meilleur moyen de fortifier ce principe est de rendre les fonctionnaires irresponsables et de soustraire leurs actes au contrôle de toute juridiction. Nous croyons, au contraire, que ce qui fait la force du principe d'autorité chez les peuples libres, ce qui lui assure le respect de tous, c'est la conviction, arrêtée dans l'esprit de chaque citoyen, qu'il aura facilement justice des actes arbitraires et illégaux.

Quelle que soit la forme politique d'un gouvernement, un recours pour excès de pouvoirs est donc nécessaire. A une certaine époque, on a cru que la responsabilité ministérielle suffisait pour empêcher l'arbitraire des agents de l'autorité. Loin de nous la pensée de méconnaître les garan-

Digitized by Google

ties sérieuses que peut présenter ce principe, sincèrement appliqué. « Cependant il faut reconnaître, avec M. Vivien (*Études administratives*, p. 33), que « le système de la res- « ponsabilité, tutélaire pour les intérêts publics, tant qu'il ne « portait que sur les grands objets de la politique et du gou- « vernement, devenait *illusoire* et *impuissant* quand on l'éten- « dait aux choses secondaires de l'administration ». Il ne saurait en être autrement. Le régime parlementaire peut influer sur la direction générale de la politique et de l'administration, mais il ne peut servir de garantie contre les excès de pouvoirs des nombreux agents de l'administration. Jamais on ne songera à renverser un ministère pour un acte illégal, dû au caprice autoritaire d'un maire de village.

PAUL COLLET.

ORDONNANCES SUR REQUÊTE,

Réponse aux observations de M. Bertin.

Par M. Théophile BAZOT,
Président de chambre à la Cour d'appel de Chambéry.

Dans la dernière livraison de la *Revue critique*, l'honorable M. Bertin, revenant sur la matière des ordonnances sur requête dont il a fait son domaine propre, a consacré quelques pages à l'examen d'une doctrine que j'avais présentée sur le même sujet. C'est déjà un grand honneur pour moi que d'avoir provoqué l'attention du savant jurisconsulte; aussi, en commençant cette courte réplique, je dois le remercier de la forme bienveillante qu'il a donnée à ses observations. Il y a plaisir et profit tout ensemble à discuter avec M. Bertin, et, puisqu'il s'y prête avec une si bonne grâce, je m'empresse de saisir l'occasion.

C'est justice de reconnaître (et je n'y avais pas manqué) que M. Bertin a eu le rare mérite de dégager, au milieu des obscurités de la doctrine et des incertitudes de la jurisprudence, un système à la fois simple, rationnel et juridique. Toutefois, en suivant la théorie du savant auteur, j'ai cru devoir y apporter une double rectification.

M. Bertin avait enseigné, en effet, que le président du

Digitized by Google

tribunal, statuant sur requête, faisait acte d'*administration*, non de *juridiction*. La proposition était grave en soi et, de plus, elle entraînait, entre autres conséquences, celle-ci : que le président du tribunal, en rétractant son ordonnance, pouvait défaire ce qu'il avait fait.

J'ai contesté et la proposition et la conséquence, soutenant que le président du tribunal, répondant une requête, exerçait une véritable juridiction; qu'en rendant son ordonnance il épuisait ses pouvoirs et que, par suite, la mesure autorisée par lui était, pour celui qui l'avait obtenue, un bénéfice provisoirement acquis.

Tel était notre premier dissentiment, celui des deux, certes, auquel j'attachais le plus d'importance, parce qu'il touchait aux principes mêmes de notre organisation judiciaire. Aujourd'hui ce dissentiment s'efface devant la réponse très-nette de M. Bertin. Avec ce désintéressement que peut donner seul l'amour de la science, le savant auteur déclare simplement qu'il s'était trompé, rappelant ainsi l'exemple du grand jurisconsulte romain : *Nobis aliquando placebat....*

J'ai donc cause gagnée sur le premier point, mais, quant au second, je n'ai pas été assez heureux pour convaincre mon éminent contradicteur. C'est ma faute assurément, et si je n'ai pas réussi à faire adopter une opinion que je crois juste, c'est que je ne l'ai pas exposée assez clairement; peut-être aussi que je l'ai compromise par une exagération que je confesserai tout à l'heure. En attendant, précisons bien la difficulté qui nous divise.

Étant admis que le président du tribunal, statuant sur requête, exerce une juridiction, il s'agit maintenant de déterminer la nature de cette juridiction et de lui donner une dénomination qui y corresponde exactement. M. Bertin assimile la juridiction du président à la juridiction de la chambre du conseil, au moins quant au nom, puisqu'il les comprend toutes les deux sous la dénomination commune de *juridiction gracieuse*. Je propose, au contraire, de distinguer, même par le nom, deux juridictions dissemblables au fond et, alors que je réserve à la juridiction de la chambre du conseil, qui, en matière gracieuse, constitue la juridiction de droit commun, la dénomination de *juridiction gracieuse*, je donne à la

Digitized by Google

juridiction du président le nom de *juridiction discrétionnaire.* Tel est bien l'objet de notre désaccord.

C'est seulement une question de terminologie, moins importante que la précédente, mais qui est intéressante encore.

La critique de M. Bertin me fait sentir la nécessité d'une observation préliminaire.

Ai-je donc prétendu que la juridiction du président du tribunal n'appartînt pas à l'ordre des juridictions gracieuses et qu'elle fût d'une nature *absolument* différente? Mais non : j'ai simplement énoncé que la classification généralement suivie me paraissait vicieuse et qu'une *sous-distinction* me semblait nécessaire. Cette expression même, que je choisissais, était destinée à marquer précisément, entre les deux juridictions, une communauté de nature et d'origine; en établissant une *sous-distinction*, j'entendais bien ne pas rompre le lien qui devait unir les deux membres de cette division. Puisque les termes dont je me suis servi ont, néanmoins, laissé planer l'équivoque sur ma pensée, il n'est que temps de la dissiper. Je dirai donc, en empruntant aux sciences naturelles une comparaison : La juridiction de la chambre du conseil est le *genre* et la juridiction du président du tribunal est l'*espèce*. Toutes deux, en effet, ont des principes communs, en quelque sorte génériques, mais chacune d'elles est gouvernée par des règles spéciales. S'il en est ainsi (et je vais le démontrer dans un instant), quoi de plus rationnel que de donner à chacune de ces juridictions une désignation distincte, de même qu'un nom désigne le genre et qu'un autre nom désigne l'espèce? N'est ce pas le seul moyen que les mots, qui ne sont, après tout, que les signes des idées, correspondent exactement aux choses qu'ils doivent indiquer?

Avant d'aller plus loin, il me faut, je le reconnais, justifier la proposition qui précède. Est-il vrai que la juridiction du président du tribunal ait quelques traits de ressemblance avec la juridiction de la chambre du conseil, mais qu'elle présente aussi, avec elle, de notables différences, à ce point qu'on puisse dire que, si elles sont du même genre, elles ne sont cependant pas de la même espèce? Un rapide parallèle, établi entre les deux juridictions, va nous édifier à cet égard.

Commençons par les analogies :

La juridiction du président du tribunal a, avec celle de la

Digitized by Google

chambre du conseil, ce trait commun qu'elle n'est pas appelée à trancher, entre deux plaideurs, une contestation contradictoirement débattue. C'est là un caractère fondamental, qui les distingue toutes les deux, au même degré, de la juridiction contentieuse : elles interviennent, en dehors de tout débat, à la requête d'une seule partie, et à l'une comme à l'autre on peut également appliquer la définition romaine : *magis imperii quam jurisdictionis.* De ce principe commun découlent des conséquences importantes, qui s'attachent aux ordonnances du président aussi bien qu'aux décisions de la chambre du conseil : les unes et les autres ne sont pas susceptibles d'opposition, ni de tierce opposition; elles n'ont pas l'autorité de la chose jugée.

Abordons maintenant les différences :

Quant à la compétence : La chambre du conseil n'intervient que dans les cas déterminés par la loi. C'est à M. Bertin lui-même que j'ai recours pour formuler le principe (chambre du conseil. n° 24) : « La chambre du conseil ne peut et ne doit statuer que lorsque son intervention est *nécessaire, c'est-à-dire lorsque sa décision est indispensable à la validité des actes qu'elle sanctionne ou autorise.* » — La compétence du président du tribunal est libre de ces entraves, à ce point que, pour la caractériser, on l'a dite *universelle.* — L'urgence n'est pas une condition de la compétence de la chambre du conseil. — L'urgence est le plus souvent une condition de la compétence du président du tribunal. — La chambre du conseil autorise des mesures définitives, homologue des actes de disposition. — Le président ne peut autoriser que des mesures conservatoires. — Les décisions de la chambre du conseil sont le plus souvent subordonnées à des conditions de forme et de fond, prescrites par la loi pour la régularité des actes soumis à son homologation. — Le président. maître de ses appréciations, est investi d'un pouvoir discrétionnaire.

Quant à la procédure : Devant la chambre du conseil, il faut une requête, la communication au ministère public, le rapport d'un juge, les conclusions du parquet, une décision motivée. — Devant le président, il suffit d'une requête, au bas de laquelle ce magistrat accorde ou refuse, sans donner de motifs, l'autorisation demandée.

Digitized by Google

Quant aux voies de recours : Les décisions de la chambre du conseil sont susceptibles d'appel, même (c'est l'avis de M. Bertin) de pourvoi en cassation. — Les ordonnances du président sont souveraines.

A ces différences j'en avais ajouté une autre, en faisant remarquer que les décisions de la chambre du conseil ne peuvent *jamais* préjudicier aux droits des tiers, tandis que les ordonnances supposent *toujours* un intérêt voisin et contraire qui est plus ou moins atteint. C'est, à vrai dire, sur ce point unique que porte la réfutation de M. Bertin, qui démontre par quelques exemples (ils ne sont pas nombreux et l'un d'eux se dégage assez péniblement d'une hypothèse compliquée) que les décisions de la chambre du conseil peuvent, elles aussi, affecter les droits ou les intérêts des tiers. Je conviendrai sans peine que j'avais, en effet, un peu forcé le parallèle. Changeons donc un mot et, au lieu de ce *jamais* malencontreux, mettons : *le plus souvent*. La proposition ainsi atténuée n'est-elle pas irréprochable? M. Bertin m'accordera facilement, je le crois, que, dans des hypothèses beaucoup plus nombreuses que celles qu'il a relevées, les décisions de la chambre du conseil demeurent parfaitement inoffensives pour les droits des tiers. Il doit donc subsister quelque chose de la différence que j'avais signalée. L'affirmation absolue avait le tort seulement d'outrer la vérité. C'est encore à M. Bertin que j'emprunterai la preuve que l'innocuité pour les droits des tiers est le caractère habituel, normal, des décisions de la chambre du conseil. Le savant auteur, en effet, enseigne au n° 23 de son *Traité* de la chambre du conseil la règle suivante : « Si la demande est contestée ou s'il apparaît aux magistrats que des tiers sont intéressés à la contester, la chambre du conseil doit se déclarer incompétente et renvoyer les parties devant la juridiction contentieuse. » — Quand donc la chambre du conseil statue, *c'est qu'elle n'entrevoit pas le conflit possible d'un intérêt opposé.*

Le tableau que je viens de tracer est exact, sans doute, puisqu'il n'a été critiqué par M. Bertin qu'en un seul point que j'ai rectifié. Je suis donc d'accord avec l'honorable auteur sur le fond des choses, et c'est là l'important. Notre dissentiment ne consiste plus que dans une question de terminologie.

Digitized by Google

Eh bien ! je le demande : la meilleure terminologie n'est-elle pas celle qui correspondra le mieux à la réalité des choses ? S'il est vrai que la juridiction du président du tribunal diffère de celle de la chambre du conseil sous le triple rapport de la compétence, de la procédure, des voies de recours, pourquoi ne pas soutenir cette distinction réelle et l'annoncer par une dénomination spéciale ? Je vois là un avantage de clarté et de méthode, et je n'aperçois aucun inconvénient.

Dans la classification que je propose, chaque juridiction est indiquée par une appellation qui fait ressortir son caractère le plus saillant : la juridiction *contentieuse* supposant un débat, des plaideurs et une décision sur un litige, la juridiction *gracieuse* impliquant la sollicitation d'une seule partie intéressée et la mission du juge interposant son autorité dans un but de protection ou de régularité, la juridiction *discrétionnaire* faisant clairement allusion, elle aussi, à la requête d'un seul intéressé, mais annonçant que le juge est armé d'un pouvoir plus large et plus libre.

M. Bertin termine en faisant une réflexion qui paraît plus grave au premier abord. Il fait remarquer que cette création d'une troisième classe de décisions judiciaires, n'appartenant ni à la juridiction gracieuse ni à la juridiction contentieuse, rendrait fort difficile la détermination des règles à suivre, puisqu'on ne pourrait invoquer ni le droit romain, ni l'ancien droit, ni le droit moderne pour une juridiction qu'ils n'ont pas réglementée.

Le danger est-il donc si grand ? Je pourrais d'abord répondre que je ne me suis pas brisé à cet écueil, puisque, au demeurant, je suis tombé d'accord avec M. Bertin sur la réglementation. J'ajouterai surtout que la difficulté qu'il signale naîtrait plutôt de l'adoption de la dénomination qu'il veut maintenir. Est-ce donc, en effet, le nom de juridiction *gracieuse* qui nous aidera à décider que les ordonnances du président ne sont sujettes ni à l'appel ni au pourvoi en cassation, que ce magistrat est investi dans tous les cas d'urgence d'un pouvoir discrétionnaire, puisque précisément c'est le propre des décisions de la juridiction gracieuse d'être soumises à l'appel et au pourvoi en cassation, puisqu'aussi la juridiction gracieuse n'intervient jamais que dans

Digitized by Google

des cas déterminés par la loi et dans la mesure indiquée par elle? Si donc un nom peut faire quelque chose à l'affaire, celui de juridiction *discrétionnaire* serait, à ce point de vue encore, bien préférable à celui de juridiction *gracieuse*.

Mais c'est beaucoup m'étendre sur ce qui me concerne, car je n'occupais, dans l'article de M. Bertin, qu'une place secondaire; son véritable adversaire est l'honorable M. Cazalens, à qui je cède la parole. En répondant avec autant d'empressement, j'ai voulu prouver à M. Bertin que je sentais l'honneur qu'il m'avait fait : je désire que ma réponse soit un nouveau témoignage de l'estime respectueuse que je professe pour un jurisconsulte, qui a rendu tant de services à la science. TH. BAZOT.

LE DEUXIÈME LIVRE DU CODE RURAL.

Projet de loi sur le régime des eaux, adopté par le Conseil d'État en 1870.

Précédé d'une notice par M. Aucoc, président de section au Conseil d'État.

Parmi les projets de loi rédigés par l'ancien Conseil d'État et qui n'ont pas abouti, mais qui méritent, par leur objet et par les travaux considérables auxquels ils ont donné lieu, de ne pas tomber dans l'oubli, il faut signaler, au premier rang, le livre deuxième du Code rural qui contient, en 161 articles, une législation complète sur la matière des eaux, considérée dans ses rapports avec la propriété, l'agriculture et l'industrie, et qui ne laisse de côté que le service de la navigation, la pêche et le domaine public maritime [1].

L'idée d'un Code rural est bien ancienne; il avait été émis des vœux à ce sujet avant 1789; mais il faut croire qu'elle est difficile à réaliser, car on n'a jamais pu y parvenir jusqu'ici.

[1] M. Migneret, ancien conseiller d'État, a déjà signalé dans cette *Revue*, avec une autorité particulière, les travaux sur les réformes du Code de procédure civile auxquels il avait si activement participé (1874, p. 356 et suiv.). On nous permettra de mentionner également un projet de réforme de la procédure à suivre devant les conseils de préfecture qui avait été déposé au Sénat le 10 juin 1870.

Digitized by Google

Peut-être, indépendamment de l'étendue de l'œuvre, la raison de cet insuccès se trouve-t-elle dans un vice du plan que l'on s'est proposé.

Une commission de la première Assemblée constituante voulait en faire un catéchisme des cultivateurs. La loi des 28 octobre-6 novembre 1791, qui renferme 92 articles, a été désignée sous le nom de Code rural; elle est très-loin d'avoir une portée aussi étendue.

Sous le premier Empire, un grand projet de Code rural avait été élaboré par une commission spéciale. Les travaux préparatoires sont renfermés dans quatre gros volumes in-4°. Le projet était cette fois divisé en 960 articles; il n'aboutit pas. L'idée avait été reprise par le Sénat en 1854; M. de Casabianca avait présenté, en 1856, 1857 et 1858, des rapports dans lesquels les bases du projet étaient posées et le Conseil d'État avait été chargé de le rédiger. On avait divisé la matière en trois livres: l'un, concernant le régime du sol; l'autre, le régime des eaux; le troisième, la police rurale.

Le premier livre a donné lieu à des tâtonnements qui en ont retardé longtemps la rédaction. Il y a dans le Code civil et dans le Code de procédure civile beaucoup de dispositions qui régissent les biens ruraux et qui ont pour les propriétaires de terres un intérêt particulier. Fallait-il distinguer entre celles qui n'avaient besoin que d'être rappelées et celles qu'il était utile de modifier? Mais pour ces dernières, si on les insérait dans le nouveau Code, que ferait-on des dispositions correspondantes du Code civil? Un des rapporteurs du projet avait essayé de faire une œuvre d'ensemble en reproduisant et modifiant au besoin les dispositions du Code civil et en y joignant les règles spéciales aux biens ruraux; ce travail a été écarté. On tenait cependant à aboutir. On est arrivé à rédiger un projet en 96 articles, qui contient des dispositions très-utiles sur les chemins ruraux publics et les chemins d'exploitation, matière qui n'est réglée actuellement que par la jurisprudence, sur le parcours et la vaine pâture, sur les bans de vendange et de moisson, sur les animaux utiles et les animaux nuisibles à l'agriculture. On y a joint des règles sur le bail à colonage partiaire et le bail emphytéotique qui devraient être dans le Code civil. Enfin on y a annexé un titre complémentaire qui modifie

Digitized by Google

14 articles du Code civil sur les clôtures, la mitoyenneté des fossés et des haies, les plantations, le passage en cas d'enclave et le privilége des engrais sur la récolte.

Le projet de loi renfermant le livre Ier du Code rural avait été déposé au Corps législatif en 1868 avec un remarquable exposé des motifs rédigé par M. Bayle-Mouillard qui retrace, dans tous ses détails, l'historique du Code rural dont nous avons indiqué les principaux traits.

Quant au livre IIe concernant la législation des eaux, on n'avait pas eu, pour le plan, les mêmes difficultés, mais les questions du fond étaient fort délicates. D'ailleurs l'assemblée générale du Conseil d'État ne pouvait les aborder qu'après avoir terminé le livre Ier. L'étude a été commencée en 1856 dans une commission dont M. Duvergier était le rapporteur; elle a été poursuivie ensuite dans la section de législation avec le concours des membres de la commission et sur le rapport de M. Chassaigne-Goyon qui avait succédé, en 1864, à M. Duvergier devenu président de section, mais elle n'a été achevée qu'au mois de juillet 1870. L'assemblée générale y avait consacré, en 1869 et 1870, vingt séances séparées par les intervalles que nécessitaient les remaniements du projet. La dernière séance dans laquelle le Conseil en a délibéré, est celle du 30 juin 1870. Le projet définitif n'avait même pas été distribué. S'il a échappé au déplorable incendie de 1871, c'est parce qu'une épreuve nous avait été communiquée en même temps qu'au rapporteur. Aucun rapport n'avait été rédigé ; le procès-verbal des discussions a été anéanti ; il ne nous reste plus que le texte même sorti des déliberations du Conseil. Nous croyons qu'il est utile de le mettre sous les yeux de nos lecteurs.

La division du sujet est celle que commandait la nature des choses : — Eaux pluviales et sources, — Cours d'eau non navigables et non flottables, — Rivières flottables à bûches perdues, — Fleuves et rivières navigables ou flottables, — Eaux stagnantes, — Irrigations au moyen d'eaux de différentes catégories.

Pour donner une idée des dispositions multiples contenues sous ces différentes rubriques, il suffit de dire qu'on avait remanié les dispositions des articles 563, 640, 641 et 642 du Code civil, et qu'on avait pu arriver à proposer d'abroger,

Digitized by Google

parce qu'on les refondait, l'arrêté du 19 ventôse an VI, dans ses dispositions relatives à la police des rivières navigables, et le décret du 22 janvier 1808, relatif aux chemins de halage; la loi du 14 floréal an XI, concernant le curage des cours d'eau non navigables ni flottables; la loi du 16 septembre 1807, en ce qui concerne les endiguements et les desséchements de marais; la loi du 17 septembre 1792, relative à la destruction des étangs marécageux; les lois des 29 avril 1845 et 11 juillet 1847, sur les irrigations; celles du 10 juin 1854 et du 17 juillet 1856 sur le drainage; enfin celle du 21 juin 1865 sur les associations syndicales, sauf les dispositions qui s'appliquaient à d'autres travaux que ceux dont il était parlé dans le projet de Code.

Ce serait un travail considérable que de signaler toutes les dispositions nouvelles qui avaient été adoptées par le Conseil d'État. Aussi bien, en ce qui concerne le curage des cours d'eau non navigables, les élargissements et redressements de ces cours d'eau, les endiguements, le desséchement des marais, la destruction des étangs, le drainage, les irrigations, on s'était appliqué surtout à remanier la législation en vigueur en la simplifiant et en la mettant en harmonie avec la jurisprudence du Conseil et avec les principes qui avaient prévalu lors du vote de la loi du 21 juin 1865, sur les associations syndicales, émanée de l'initiative du Conseil d'État. Nous ne disons pas que ce travail n'eût pas une grande importance: réunir et présenter dans un ordre méthodique des dispositions éparses, quelquefois contradictoires ou obscures, codifier la jurisprudence, c'est rendre un grand service au public et à l'administration; mais ce n'est pas là qu'il faut chercher les nouveautés.

Les dispositions qui nous paraissent de nature à attirer le plus l'attention sont celles qui nous règlent les droits des propriétaires et le pouvoir de l'administration au sujet des eaux pluviales, des sources, des cours d'eau non navigables et des cours d'eau navigables. On les trouvera dans les articles 1 à 6, 7 à 22, 78 à 98.

On remarquera dans les articles 3 et 4 les dispositions prises pour ouvrir un droit à indemnité au propriétaire d'un fonds inférieur, en cas d'aggravation de la servitude d'écoulement des eaux, par suite de sondages ou de travaux sou-

Digitized by Google

terrains qui font surgir des eaux à la surface. On verra que, dans l'article 6, la question du droit des riverains à la jouissance des eaux courantes, à l'encontre du propriétaire de la source, réglée aujourd'hui par l'article 642 du Code civil, était tranchée dans un sens contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation, dont certaines villes ont abusé pour mettre à sec des rivières et ruiner des usiniers. La jurisprudence du Conseil d'État a du reste empêché ces abus par un autre moyen, quand les villes viennent solliciter une déclaration d'utilité publique, sinon pour acheter les sources, du moins pour établir les aqueducs. Le Conseil proposait de décider que le propriétaire de la source ne pourrait plus la détourner, au préjudice des propriétaires des fonds inférieurs, quand ceux-ci auraient fait et terminé depuis plus de trente ans, soit sur le fonds supérieur, *soit sur leurs propres fonds*, des ouvrages apparents et permanents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans leur propriété.

La question si controversée de la propriété et des eaux du lit des cours d'eau non navigables ni flottables avait été étudiée avec grand soin. La distinction entre les ruisseaux et les rivières avait été écartée. On avait abouti à une sorte de transaction : le projet ne reconnaissait pas aux riverains un droit de propriété sur les eaux ; il limitait leur droit d'usage par les prescriptions de la loi et par les pouvoirs de réglementation et d'autorisation conférés à l'administration; en ce qui touche le lit, il leur en laissait la propriété et la jouissance à la charge de ne pas modifier le régime des eaux (art. 7 à 10). L'article 563 du Code civil avait été remanié en conséquence.

Quant aux mesures que l'administration peut prendre pour la police de conservation des cours d'eau non navigables ni flottables et la distribution des eaux des cours d'eau navigables, le Conseil avait pris soin de multiplier les garanties pour les intérêts privés. L'article 83 du projet de Code attribuait notamment aux préfets le pouvoir de procéder à la reconnaissance et à la constatation des limites des fleuves et rivières navigables ou flottables, mais en organisant un recours devant le ministre, dont la décision pouvait ensuite être attaquée devant le Conseil d'État par la voie contentieuse.

Ces explications préliminaires nous paraissent suffire pour

Digitized by Google

mettre en lumière l'intérêt considérable du projet rédigé par le Conseil d'État et pour justifier le vœu que nous exprimons de voir cette œuvre si importante reprise et menée à bonne fin.

LÉON AUCOC.

PROJET DE CODE RURAL.

LIVRE DEUXIÈME.

Délibéré et adopté par le Conseil d'État dans ses séances des 16, 17, 23, 24, 26 et 30 juin 1869, 9 et 10 mars, 6, 7, 12 et 13 avril, 11 mai, 4, 11, 18, 22, 23, 29 et 30 juin 1870.

TITRE PREMIER. — EAUX PLUVIALES ET SOURCES.

Art. 1er. Tout propriétaire a droit d'user et de disposer des eaux pluviales qui tombent sur son fonds. — Si l'usage des eaux ou la direction qui leur est donnée aggrave la servitude naturelle d'écoulement établie par l'article 640 du Code Napoléon, une indemnité est due au propriétaire du fonds inférieur. — Art. 2. Les dispositions de l'article précédent sont applicables aux eaux de sources nées sur un fonds. — Art. 3. Lorsque, par des sondages ou par des travaux souterrains, un propriétaire fait surgir des eaux dans son fonds, les propriétaires des fonds inférieurs doivent les recevoir, mais ils ont droit à une indemnité en cas de dommage résultant de leur écoulement. — Art. 4. Les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenant aux habitations ne peuvent être assujettis à aucune aggravation de la servitude d'écoulement dans les cas prévus par les articles précédents. — Art. 5. Les contestations auxquelles peuvent donner lieu l'établissement et l'exercice des servitudes prévues par les articles 1, 2 et 3, et le règlement, s'il y a lieu, des indemnités dues aux propriétaires des fonds inférieurs, sont portées, en premier ressort, devant le juge de paix du canton, qui, en prononçant, doit concilier les intérêts de l'agriculture et de l'industrie avec le respect dû à la propriété — S'il y a lieu à expertise, il peut n'être nommé qu'un seul expert. — Art. 6. Le propriétaire d'une source ne peut plus en user au préjudice des propriétaires des fonds inférieurs qui, depuis plus de trente ans, ont fait et terminé, soit sur le fonds supérieur, soit sur leur propre fonds, des ouvrages apparents et permanents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans leur propriété.

Digitized by Google

TITRE II. — COURS D'EAU NON NAVIGABLES ET NON FLOTTABLES.

CHAPITRE Ier. — DES DROITS DES RIVERAINS.

Art. 7. Les riverains n'ont le droit d'user de l'eau courante qui borde ou qui traverse leurs héritages que dans les limites déterminées par la loi. Ils sont tenus de se conformer, dans l'exercice de ce droit, aux dispositions des règlements et des autorisation émanées de l'administration. — Art. 8. Le lit des cours d'eau non navigables et non flottables appartient aux propriétaires des deux rives. Si les deux rives appartiennent à des propriétaires différents, chacun d'eux a la propriété de la moitié du lit, suivant une ligne que l'on suppose tracée au milieu du cours d'eau. — Chaque riverain a le droit de prendre dans la partie du lit qui lui appartient tous les produits naturels, et d'en extraire de la vase, du sable et des pierres, à la condition de ne pas modifier le régime des eaux et d'en exécuter le curage conformément aux règles établies par le chapitre 3 du présent titre. — Art. 9. Lorsque le lit d'un cours d'eau est abandonné, soit naturellement, soit par suite de travaux légalement exécutés, chaque riverain en reprend la libre disposition suivant les limites déterminées par l'article précédent. — Art. 10. Lorsqu'un cours d'eau non navigable et non flottable abandonne naturellement son lit, les propriétaires des fonds sur lesquels le lit nouveau s'établit sont tenus de souffrir le passage des eaux sans indemnité. — Art. 11. La propriété des alluvions, relais, atterrissements, îles et îlots qui se forment dans les cours d'eau non navigables ni flottables est régie par les dispositions des articles 556, 557, 559, 561 et 562 du Code Napoléon.

CHAPITRE II. — POLICE ET CONSERVATION DES EAUX.

Art. 12. L'autorité administrative est chargée de la conservation et de la police des cours d'eau non navigables et non flottables. — Art. 13. Des décrets rendus dans la forme des règlements d'administration publique fixent, s'il y a lieu, le régime général de ces cours d'eau de manière à concilier les intérêts de l'agriculture et de l'industrie avec le respect dû à la propriété et aux droits et usages antérieurement établis. — Art. 14. Aucun barrage, aucun ouvrage destiné à l'établissement d'une prise d'eau, d'un moulin ou d'une usine ne peut être entrepris sur un cours d'eau non navigable et non flottable sans l'autorisation de l'administration, lorsque les ouvrages sont de nature à modifier le régime des eaux. — Art. 15. Les préfets statuent en conseil de préfecture et après enquête sur les demandes d'autorisation ayant pour objet : 1° l'établissement d'ouvrages relatifs aux moulins et usines ; 2° des prises d'eau pour l'irrigation

Digitized by Google

du sol ou l'alimentation des fontaines publiques; 3° la régularisation de l'existence des usines et ouvrages établis sans autorisation et n'ayant pas de titre légal; 4° la révocation ou la modification d'autorisations précédemment accordées. — Art. 16. La forme de l'instruction qui doit précéder les arrêtés des préfets est déterminée par un règlement d'administration publique. — Art. 17. La permission d'établir un nouvel ouvrage, de modifier un ouvrage existant ou de faire une prise d'eau est toujours donnée sous la réserve des droits des tiers. — Art. 18. S'il y a réclamation des parties intéressées contre l'arrêté du préfet, il est statué par décret de l'Empereur rendu sur l'avis de la section des travaux publics du Conseil d'État, sans préjudice du recours au contentieux en cas d'exès de pouvoir. — Art. 19. Les permissions peuvent être révoquées ou modifiées sans indemnité dans l'intérêt de la salubrité publique, ou pour prévenir ou faire cesser les inondations. Dans tous les autres cas, elles ne peuvent être révoquées ou modifiées que moyennant indemnité. — Art. 20. La permission ne fait aucun obstacle à ce que des dommages-intérêts soient accordés par les tribunaux civils contre celui qui l'a obtenue, dans le cas où elle nuirait à des droits acquis. — Art. 21. Les propriétaires ou fermiers des moulins et usines, même autorisés ou ayant une existence légale, sont garants des dommages causés aux chemins et aux propriétés voisines. — Art. 22. Les maires peuvent, sous l'autorité des préfets, prendre toutes les mesures nécessaires pour la police des cours d'eau.

CHAPITRE III. — Curage.

Art. 23. Le curage comprend tous les travaux nécessaires pour rétablir un cours d'eau dans sa largeur et sa profondeur naturelles, sans préjudice de ce qui est réglé à l'égard des alluvions par les articles 556 et 557 du Code Napoléon. — Art. 24. Il est pourvu par les préfets au curage des cours d'eau non navigables et non flottables et à l'entretien des ouvrages qui s'y rattachent. Les anciens règlements et les usages locaux, s'il en existe, seront observés. — Art. 25. A défaut d'anciens règlements ou usages locaux, le préfet peut, en conseil de préfecture, pourvoir à l'exécution des travaux du curage. — Son arrêté désigne les propriétaires intéressés et fixe un délai après lequel leur part contributive sera, de droit, exigible en argent s'ils n'ont pas eux-mêmes opéré le curage. — Art. 26. Dans le mois de la publication de cet arrêté, chaque propriétaire peut se pourvoir contre ses dispositions, soit directement devant le Conseil d'État, s'il l'attaque comme entaché d'excès de pouvoir, soit devant le conseil de préfecture, sauf recours au Conseil d'État, s'il conteste sa qualité d'intéressé, le mode d'exécution des travaux ou la pro-

Digitized by Google

portion dans laquelle il est appelé à contribuer à la dépense. Ce délai expiré, il ne peut plus contester que la fausse application qui lui aurait été faite, dans la répartition de la dépense, de la proportion d'après laquelle il devait être taxé. — Art. 27. Le préfet peut aussi, sur la demande de la majorité des intéressés, ou d'office après avis du conseil général, réunir en association syndicale les propriétaires intéressés au curage. — Son arrêté règle l'organisation et détermine le mode d'administration de l'association. — Art. 28. Le préfet, en conseil de préfecture, détermine le mode de représentation des divers intérêts dans l'assemblée générale. — Les syndics sont élus par les membres de l'association. — Si l'association refuse ou néglige de procéder à l'élection, les syndics sont nommés par le préfet. — Lorsque les communes, le département ou l'État concourent à la dépense, leurs représentants sont, de droit, membres du syndicat; ils peuvent se faire remplacer par des délégués. — Art. 29. Le syndicat pourvoit à l'exécution des travaux de curage et à la répartition de la dépense entre tous les intéressés, en se conformant aux anciens règlements et aux usages locaux. A défaut d'anciens règlements ou usages, il procède suivant les dispositions de l'arrêté qui l'a constitué. — Art. 30. Si l'application des règlements ou l'exécution du mode de curage consacré par l'usage présente des difficultés, ou si des changements survenus exigent des dispositions nouvelles, il y est pourvu par un décret délibéré en Conseil d'État. Chaque décret est précédé d'une enquête et d'une instruction, dont les formes sont déterminées par un règlement d'administration publique. — Art. 31. Le décret règle le mode d'exécution des travaux, détermine la zone dans laquelle les propriétaires intéressés riverains ou non riverains peuvent être appelés à y contribuer, et arrête les bases générales de la répartition de la dépense. S'il y a lieu de former une association syndicale, le décret en règle l'organisation et le mode d'administration. — Art. 32. Le syndicat est élu ou nommé conformément aux dispositions de l'article 28. — Il procède à l'exécution des travaux et à la répartition de la dépense entre tous les intéressés sur les bases établies par le décret et d'après le degré d'intérêt de chacun des membres de l'association. — Art. 33. Dans tous les cas les rôles ou les états de répartition des sommes nécessaires au payement des travaux de curage ou d'entretien des ouvrages sont rendus exécutoires par le préfet. Le recouvrement de ces sommes s'opère de la même manière que celui des contributions directes. — Art. 34. Toutes les contestations relatives à la répartition de la dépense, à l'exécution des travaux et aux demandes en réduction ou décharge formées par les imposés sont portées devant le conseil de préfecture, sauf recours au Conseil d'État.

Digitized by Google

CHAPITRE IV. — ÉLARGISSEMENTS ET REDRESSEMENTS.

Art. 35. Les dispositions des articles 28 et suivants du chapitre précédent sont applicables aux travaux d'élargissement ou de redressement du lit des cours d'eau non navigables et non flottables. S'il y a lieu de procéder à la fois à des travaux d'élargissement ou de redressement et de curage, il y est pourvu par un seul et même syndicat. — Art. 36. Lorsqu'il est nécessaire de recourir à l'expropriation pour cause d'utilité publique, les travaux sont autorisés par arrêté du préfet, rendu après avis du conseil général du département. Il est procédé à l'expropriation dans la forme prescrite par l'article 16 de la loi du 21 mai 1836.

CHAPITRE V. — DES ENDIGUEMENTS.

Art. 37. Le propriétaire riverain d'un cours d'eau non navigable ni flottable ne peut exécuter des travaux pour la défense de ses héritages qu'à la condition de ne pas empiéter sur le lit du cours d'eau et de ne causer aucun préjudice aux autres propriétés riveraines. — Art. 38. Lorsque tous les propriétaires intéressés à des travaux d'endiguement sont d'accord pour les exécuter en commun, ils peuvent, sans l'intervention de l'administration, se réunir en association syndicale libre. — Art. 39. Le consentement unanime des associés doit être constaté par écrit. L'acte d'association spécifie le but de l'entreprise ; il règle le mode d'administration de la société et fixe les limites du mandat confié aux administrateurs ou syndics ; il détermine les voies et moyens nécessaires pour subvenir à la dépense, ainsi que le mode de recouvrement des cotisations. — Art. 40. Un extrait de l'acte d'association doit, dans le délai d'un mois, à partir de sa date, être publié dans un journal d'annonces légales de l'arrondissement ou, s'il n'en existe aucun, dans l'un des journaux du département. Il est, en outre, transmis au préfet et inséré dans le recueil des actes de la préfecture. — Art. 41. A défaut de publication dans un journal d'annonces légales, l'association ne jouit pas du bénéfice de l'article 42 ci-après. L'omission de cette formalité ne peut être opposée aux tiers par les associés. — Art. 42. Les associations syndicales libres peuvent ester en justice par leurs syndics, acquérir, vendre, échanger, transiger, emprunter et hypothéquer. — Art. 43. L'adhésion à une association syndicale est valablement donnée par les tuteurs, par les envoyés en possession provisoire et par tout représentant légal pour les biens des mineurs, des interdits, des absents et autres incapables, après autorisation du tribunal de la situation des biens, donnée sur simple requête en la chambre du conseil, le ministère public entendu. Cette disposition

Digitized by Google

est applicable aux immeubles dotaux et aux majorats. — Art. 44. Lorsque l'exécution ou la conservation des travaux exige que des servitudes soient établies conformément aux lois, les contestations auxquelles peuvent donner lieu l'établissement et l'exercice de ces servitudes sont portées en premier ressort devant le juge de paix du canton, qui en prononçant doit concilier les intérêts de l'opération avec le respect dû à la propriété. S'il y a lieu à expertise, il peut n'être nommé qu'un seul expert. — Art. 45. Les dispositions des trois articles précédents sont également applicables aux associations syndicales autorisées dont il est parlé dans les articles 47 et suivants. — Art. 46. Les associations syndicales libres peuvent être converties en associations syndicales autorisées, par un arrêté du préfet, en vertu d'une délibération prise par l'assemblée générale conformément à l'article 50 ci-après, sauf les dispositions contraires qui résulteraient de l'acte d'association. Elles jouissent dès lors des avantages accordés à ces associations par les articles 63, 64, 65 et 66. — Art. 47. Si tous les propriétaires intéressés ne sont pas d'accord, ils peuvent être réunis, par arrêté préfectoral, en association syndicale autorisée, soit sur la demande d'un ou de plusieurs d'entre eux, soit sur l'initiative du préfet, après avis du conseil général du département. — Art. 48. Le préfet soumet à une enquête administrative les plans, avant-projets et devis des travaux, ainsi que le projet d'association. Le plan indique le périmètre des terrains intéressés. Il est accompagné de l'état des propriétaires de chaque parcelle. Le projet d'association spécifie le but de l'entreprise et détermine les voies et moyens nécessaires pour subvenir à la dépense. — Art. 49. Après l'enquête, les propriétaires qui sont présumés devoir profiter des travaux sont convoqués en assemblée générale par le préfet, qui en nomme le président, sans être tenu de le choisir parmi les membres de l'assemblée. Un procès-verbal constate la présence des intéressés et le résultat de la délibération. Il est signé par les membres présents et mentionne l'adhésion de ceux qui ne savent pas signer. L'acte contenant le consentement par écrit de ceux qui l'ont envoyé en cette forme est mentionné dans ce procès-verbal et y reste annexé. Le procès-verbal est transmis au préfet. — Art. 50. Si la majorité des intéressés, représentant au moins les deux tiers de la superficie des terrains, ou les deux tiers des intéressés, représentant plus de la moitié de la superficie, ont donné leur adhésion, le préfet autorise, s'il y a lieu, l'association. Un extrait de l'acte d'association et l'arrêté du préfet, en cas d'autorisation et, en cas de refus, l'arrêté du préfet, sont affichés dans les communes de la situation des lieux et insérés dans le recueil des actes de la préfecture. — Art. 51. Dans le délai d'un mois, à partir de l'affiche, les propriétaires intéressés et les tiers peuvent

Digitized by Google

adresser au ministre des travaux publics leurs réclamations contre cet arrêté. Ces réclamations sont déposées à la préfecture et transmises, avec le dossier, au ministre, dans le délai de quinze jours. Il est statué par un décret rendu en Conseil d'État. — Art. 52. Les propriétaires qui n'ont pas adhéré au projet d'association peuvent, dans le délai d'un mois ci-dessus déterminé, déclarer à la préfecture qu'ils entendent délaisser, moyennant indemnité, les terrains leur appartenant et compris dans le périmètre. Il leur sera donné récépissé de la déclaration. L'indemnité à la charge de l'association sera fixée conformément à l'article 16 de la loi du 21 mai 1836. — Art. 53. L'acte constitutif de chaque association fixe le mode de représentation des divers intérêts dans l'assemblée générale, le nombre des syndics, la durée de leurs fonctions, et, s'il y a lieu, leur répartition entre les diverses catégories d'intéressés. — Art. 54. Les syndics sont élus par l'assemblée générale parmi les intéressés. Lorsque les syndics doivent être pris dans diverses catégorie, la liste d'éligibilité est divisée en sections correspondantes à ces diverses catégories. Les syndics seront nommés par le préfet dans le cas où l'assemblée générale, après deux convocations, ne se serait pas réunie ou n'aurait pas procédé à leur élection. — Art. 55. Dans le cas où, sur la demande du syndicat, il est accordé une subvention par l'État, par le département ou par une commune, cette subvention donne droit à la nomination, par le préfet, d'un nombre de syndics proportionné à la part que la subvention représente dans l'ensemble de l'entreprise. — Art. 56. Les syndics élisent l'un d'eux pour remplir les fonctions de directeur, et, s'il y a lieu, un adjoint qui remplace le directeur en cas d'absence ou d'empêchement. Le directeur et l'adjoint sont toujours rééligibles. — Art. 57. Le syndicat procède au classement des terrains d'après le degré d'utilité qu'ils doivent retirer de l'exécution des travaux, et détermine dans quelle proportion chaque classe doit contribuer à la dépense. — Art. 58. Un plan indicatif du classement des terrains et l'avis du syndicat sont déposés pendant nn mois à la mairie de chacune des communes sur le territoire desquelles les travaux doivent être exécutés. — Art. 59. Notification du dépôt est faite par la voie administrative, à la diligence du syndicat, à chacun des propriétaires dont les terrains sont compris dans le périmètre. L'acte de notification contient invitation à ces propriétaires de présenter leurs observations dans le délai et la forme ci-après déterminés. — Art. 60. Pendant un mois, à partir de la notification exigée par l'article précédent, il est ouvert, dans chacune des mairies où a été effectué le dépôt prescrit par l'article 57, un registre destiné à recevoir les observations des propriétaires intéressés. — Art. 61. A l'expiration de ce délai, le syndicat se réunit

Digitized by Google

pour entendre les réclamants et apprécier leurs observations. — Art. 62. A défaut par le syndicat et les parties intéressées de se mettre d'accord, la contestation est portée devant le conseil de préfecture, qui statue après expertise, s'il y a lieu, sauf recours au Conseil d'État. Il est procédé à cette expertise conformément aux dispositions de la loi qui règle la procédure devant les conseils de préfecture. — Art. 63. Les rôles de répartition de la dépense entre les propriétaires intéressés sont dressés par le syndicat d'après les bases arrêtées conformément aux dispositions des articles 57 et 62. Ces rôles sont soumis à l'approbation du préfet, qui les rend exécutoires. — Le recouvrement en est fait comme en matière de contributions directes. — Art. 64. Les contestations relatives à la fixation du périmètre des terrains compris dans l'association, à la division des terrains en différentes classes, au classement des terrains, en raison de leur intérêt aux travaux, à la répartition et au recouvrement des taxes, à l'exécution des travaux, seront portées devant le conseil de préfecture, sauf recours au Conseil d'État. — Art. 65. Tout propriétaire compris dans l'association ne peut, après le délai de quatre mois à partir de la notification du premier rôle de taxes, contester sa qualité d'associé ou la validité de l'association. — Art. 66. Dans le cas où l'exécution des travaux exige l'expropriation de terrains, il y est procédé conformément aux dispositions de l'article 16 de la loi du 21 mai 1836, après déclaration d'utilité publique par décret rendu en Conseil d'État. — Art. 67. A défaut, par une association, d'entreprendre les travaux en vue desquels elle aura été autorisée, le préfet rapportera, s'il y a lieu et après mise en demeure, l'arrêté d'autorisation. Il sera statué par un décret rendu en Conseil d'État, si l'autorisation a été accordée en cette forme. Dans le cas où l'interruption ou le défaut d'entretien des travaux entrepris par une association pourrait avoir des conséquences nuisibles à l'intérêt public, le préfet, après mise en demeure, pourra faire procéder d'office à l'exécution des travaux nécessaires pour obvier à ces conséquences. — Art. 68. A défaut par les propriétaires intéressés de s'entendre pour former une association libre ou autorisée, l'administration peut, si elle juge les travaux nécessaires, faire procéder elle-même à leur exécution. — Il est statué par un décret impérial rendu en Conseil d'État, après enquête et avis du conseil général du département. — Art. 69. Ce décret déclare l'utilité publique des travaux, détermine le périmètre des terrains qui sont présumés devoir en profiter, et fixe le montant de la subvention de l'État ainsi que le chiffre de la contribution qui pourra être mise chaque année à la charge des propriétaires intéressés. Cette quote-part ne peut jamais excéder, pour chaque intéressé, le quart du revenu annuel de sa propriété. — Art. 70. En

Digitized by Google

vertu de ce décret, les ingénieurs procèdent, sous les ordres du préfet, aux diverses opérations prescrites par les articles 57, 58, 59 et 60. — Les observations des réclamants, dans le cas prévu par l'article 61, sont portées devant le préfet, qui statue après avoir pris l'avis des ingenieurs. — Art. 71. Les dispositions des articles 44, 63, 64 et 66, relatives à la compétence des juges de paix en matière de servitude, à la perception des taxes, à la compétence des conseils de préfecture et à l'expropriation, sont également applicables aux travaux d'endiguement entrepris par l'administration. — Art. 72. Un règlement d'administration publique déterminera les formalités des enquêtes prescrites par les articles 48 et 68, et les règles à suivre pour la rédaction des rôles de taxes ou cotisations.

CHAPITRE VI. — Dispositions communes aux travaux de curage, d'endiguement, d'élargissement et de redressement des cours d'eau non navigables et non flottables.

Art. 73. Si les travaux de curage, d'endiguement, d'élargissement ou de redressement des cours d'eau non navigables et non flottables intéressent la salubrité publique, le décret ou l'arrêté qui les ordonne peut, après avis du conseil général, mettre une partie de la dépense à la charge des communes dont le territoire est assaini. Dans ce cas le décret ou l'arrêté détermine quelles sont les communes intéressées, et fixe la part que chacune d'elles doit supporter dans la dépense.

TITRE III. — Des rivières flottables a buches perdues.

Art. 74. Les rivières et cours d'eau flottables à bûches perdues sont soumis aux dispositions contenues dans le titre précédent et aux dispositions spéciales suivantes. — Art. 75. Le flottage à bûches perdues ne peut être établi, sur les cours d'eau dans lesquels il n'existe pas actuellement, que par un décret impérial, rendu après enquête et avis du conseil général du département, et inséré au *Bulletin des lois*. Le décret détermine les servitudes nécessaires pour l'exercice du flottage et règle les obligations respectives des propriétaires riverains et des flotteurs. — Art. 76. L'indemnité due aux riverains est fixée par le conseil de préfecture, sauf recours au Conseil d'État, après une expertise à laquelle il est procédé conformément aux dispositions de la loi qui règle la procédure devant les conseils de préfecture. Il est tenu compte, dans le règlement de cette indemnité, des avantages que les propriétaires assujettis peuvent retirer de l'établissement du flottage. — Art. 77. Sont maintenus tous les règlements spéciaux relatifs aux rivières et cours d'eau sur lesquels se pratique le flottage à bûches perdues.

Digitized by Google

TITRE IV. — DES FLEUVES ET DES RIVIÈRES NAVIGABLES OU FLOTTABLES.

CHAPITRE Ier. — DES DROITS DU DOMAINE ET DES RIVERAINS.

Art. 78. Les fleuves et les rivières navigables ou flottables avec bateaux, trains ou radeaux, font partie du domaine public depuis le point où ils commencent à être navigables ou flottables jusqu'à leur embouchure. — Art. 79. Font également partie du domaine public : 1° les bras mêmes non navigables et non flottables, lorsqu'ils prennent naissance au-dessous du point où les fleuves et rivières commencent à être navigables ou flottables ; 2° les noues et boires qui tirent leurs eaux des mêmes fleuves et rivières. — Art. 80. Les dérivations ou prises d'eau artificielles établies dans des propriétés particulières ne font pas partie du domaine public, à moins qu'elles n'aient été pratiquées par l'État, dans l'intérêt de la navigation ou du flottage. Ces dérivations sont régies par les dispositions des actes qui les ont autorisées. — Art. 81. La propriété des alluvions, relais, atterrissements, îles et îlots qui se forment naturellement dans les fleuves et rivières faisant partie du domaine public est réglée par les dispositions des articles 556, 557, 560 et 562 du Code Napoléon. — Art. 82. Si un fleuve ou une rivière navigable ou flottable se forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, les propriétaires riverains peuvent acquérir la propriété de cet ancien lit, chacun en droit soi, jusqu'à la ligne qu'on suppose tracée au milieu de la rivière, à la charge de déclarer, dans les trois mois de la notification qui leur sera faite par le préfet, l'intention de faire cette acquisition et d'offrir d'en payer le prix aux propriétaires des fonds occupés par le nouveau cours du fleuve ou de la rivière. — A défaut d'accord entre les propriétaires acquéreurs de l'ancien lit et les propriétaires des fonds occupés par le nouveau cours, le prix est fixé par experts. Si dans le délai de trois mois les propriétaires riverains n'ont pas fait la déclaration énoncée dans le § 1er, il est procédé à l'aliénation de l'ancien lit selon les règles qui régissent les aliénations du domaine de l'État. Dans tous les cas le prix est distribué aux propriétaires des fonds occupés par le nouveau cours, à titre d'indemnité, dans la proportion de la valeur du terrain enlevé à chacun d'eux. — Art. 83. Il appartient aux préfets de procéder à la connaissance et à la constatation des limites des fleuves et rivières navigables ou flottables, sauf recours au ministre, dont la décision peut être attaquée devant le Conseil d'État par la voie contentieuse.

Digitized by Google

CHAPITRE II. — Des servitudes.

Art. 84. Les propriétaires riverains des fleuves et rivières navigables ou flottables sont tenus, dans l'intérêt du service de la navigation, de laisser le long des bords desdits fleuves et rivières, ainsi que sur les îles où il en est besoin, un espace libre de 8 mètres de largeur pour chemin de halage et pour trait de chevaux. — Art. 85. Ils ne peuvent planter d'arbres ou se clore par haies ou autrement qu'à une distance de 10 mètres du côté où les bateaux se tirent, et de 3 mètres 30 centimètres de l'autre bord. — Art. 86. Lorsque l'intérêt public le permet, les distances fixées par les articles précédents peuvent être réduites par un arrêté ministériel. — Art. 87. Les propriétaires riverains ne peuvent faire aucune construction ou clôture le long des fleuves ou rivières navigables ou flottables, sans avoir, au préalable, demandé à l'administration de reconnaître la limite des servitudes. Si, dans les trois mois à compter de la demande, l'administration n'a pas fixé la limite, les constructions ou clôtures élevées par les riverains ne peuvent plus être supprimées que moyennant indemnité. — Art. 88. Lorsqu'une rivière ou partie de rivière est rendue navigable ou flottable, et que ce fait a été déclaré par un décret impérial, les propriétaires riverains sont soumis aux servitudes établies par les articles 84 et 85; mais il leur est dû une indemnité proportionnée au dommage qu'ils éprouvent, en tenant compte des avantages que l'établissement de la navigation ou du flottage peut leur procurer.— Art. 89. L'indemnité due aux propriétaires est réglée par le conseil de préfecture, après expertise s'il y a lieu, sauf recours au Conseil d'État. — Art. 90. Dans le cas où l'administration juge que la servitude de halage est insuffisante et veut établir le long du fleuve ou de la rivière un chemin dans des conditions constantes de viabilité, elle doit acquérir le terrain nécessaire à l'établissement du chemin, en se conformant aux lois sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. — Art. 91. Il est interdit d'extraire, à moins d'une autorisation spéciale, des terres, sables et autres matières à une distance moindre de 12 mètres des fleuves et rivières navigables ou flottables. — Art. 92. Le curage des cours d'eau navigables ou flottables et de leurs dépendances faisant partie du domaine public est à la charge de l'État; néanmoins un règlement d'administration publique peut, les parties intéressées entendues, appeler à contribuer au curage les communes, les usiniers, les concessionnaires de prises d'eau et les propriétaires voisins qui, par l'usage exceptionnel et spécial qu'ils font des eaux, rendent les frais de curage plus considérables.

Digitized by Google

CHAPITRE III. — Des permissions.

Art. 93. Aucune prise d'eau ne peut être pratiquée dans les fleuves et rivières navigables ou flottables sans une autorisation de l'administration. — Art. 94. Les préfets statuent, après enquête, et sur l'avis des ingénieurs, sauf recours au ministre, sur les demandes ayant pour objet de faire des prises d'eau au moyen de machines, lorsqu'il est constaté qu'eu égard au volume du cours d'eau, elles n'auront pas pour effet d'en altérer le régime. — Art. 95. Ils statuent également, sauf recours au ministre, sur les demandes en autorisation d'établissements temporaires sur les cours d'eau navigables ou flottables, alors même que ces établissements auraient pour effet de modifier le régime ou le niveau des eaux. Ils fixent, dans ce cas, la durée de la permission. — Art. 96. Toutes autres autorisations ne peuvent être accordées que par décrets de l'Empereur rendus, après enquête, sur l'avis de la section des travaux publics du Conseil d'Etat. — Art. 97. Les permissionnaires peuvent être assujettis à payer une redevance à l'État, d'après les bases qui seront fixées par un règlement d'administration publique. — Art. 98. Les prises d'eau et autres établissements créés sur les cours d'eau navigables ou flottables, avec ou sans permission, peuvent toujours être modifiés ou supprimés. Une indemnité n'est due que lorsque les prises d'eau ou établissements, dont la modification ou la suppression est ordonnée, ont une existence légale en vertu de titres antérieurs à la présente loi.

CHAPITRE IV. — Endiguements.

Art. 99. Les endiguements entrepris le long des fleuves et rivières navigables ou flottables pour la défense des fonds voisins sont soumis aux règles établies par les articles 38 et suivants, pour les endiguements établis le long des cours d'eau non navigables et non flottables. — Art. 100. Les travaux d'endiguement entrepris dans un intérêt public sont exécutés par l'État ou par des concessionnaires. Il sont autorisés conformément aux dispositions des lois qui régissent l'exécution des travaux publics. — Art. 101. La loi ou le décret décide s'il y a lieu d'appeler à concourir à la dépense les propriétaires intéressés. En cas d'affirmative, il détermine leur part contributive et celle de l'État. La quote-part qui peut être imposée chaque année aux propriétaires intéressés ne peut jamais excéder pour chacun d'eux le quart du revenu annuel de sa propriété protégée. — Art. 102. Les contestations relatives au classement des terrains, à leur estimation avant ou après l'exécution des travaux, à l'établissement et au recouvrement des rôles de contribution, seront

Digitized by Google

portées devant le conseil de préfecture, sauf recours au Conseil d'État. — Art. 103. Lorsque les endiguements doivent avoir pour résultat de déterminer des alluvions, si la délimitation du cours d'eau n'a pas déjà été faite, il y sera procédé, afin de fixer d'une manière précise, avant l'exécution des travaux, les limites des propriétés riveraines et celles du domaine public. — Art. 104. Les alluvions formées entre cette ligne de délimitation et les endiguements appartiendront soit à l'État, soit aux concessionnaires. Néanmoins les propriétaires riverains auront le droit d'acquérir ces alluvions chacun au droit de sa propriété en en faisant la demande dans les cinq années qui suivront la réception des travaux, et en offrant d'en payer la valeur d'après l'estimation qui en sera faite soit à l'amiable, soit par experts nommés par le tribunal civil. — Art. 105. Les dispositions des articles 69 et 70 sont applicables aux travaux d'endiguement exécutés par l'État ou par un concessionnaire sur les cours d'eau navigables et flottables.

TITRE V. — EAUX STAGNANTES.

CHAPITRE Ier. — ÉTANGS.

Art. 106. Lorsqu'un étang cause des maladies épidémiques ou épizootiques, ou l'inondation des fonds voisins, l'administration peut prescrire les mesures nécessaires pour détruire les causes d'insalubrité et assurer l'écoulement régulier des eaux. La suppression peut même être ordonnée par un décret rendu en Conseil d'État, après que les propriétaires ont été entendus. — Art. 107. Le décret est rendu sur le rapport des ingénieurs et, si la suppression est provoquée pour cause d'insalubrité, sur un rapport spécial de la commission d'hygiène publique et de salubrité. Dans tous les cas, les conseils municipaux des communes intéressés et le conseil général du département sont appelés à donner leur avis, après avoir reçu communication des rapports des ingénieurs et de la commission d'hygiène et de salubrité. — Art. 108. Les dispositions relatives aux pouvoirs de l'administration pour la conservation et la police des cours d'eau sont applicables aux étangs alimentés par des cours d'eau et formés au moyen d'ouvrages établis pour retenir les eaux.

CHAPITRE II. — DESSÉCHEMENT DES MARAIS.

Art. 109. Le desséchement d'un marais peut être entrepris par les propriétaires intéressés, réunis en association syndicale libre ou autorisée. Ces associations sont régies par les dispositions des articles 38 à 68, qui règlent l'organisation, les droits et les obliga-

Digitized by Google

tions des associations syndicales en matière d'endiguement. — Art. 110. A défaut de formation d'une association syndicale libre ou autorisée, et si l'administration juge que l'exécution des travaux est nécessaire dans l'intérêt public, le desséchement peut être ordonné par un décret rendu en Conseil d'État, après enquête et avis du conseil général du département. Il est alors exécuté par l'État ou par un concessionnaire, conformément aux dispositions suivantes. — Art. 111. Le décret qui ordonne les travaux détermine le délai dans lequel ils seront exécutés et le périmètre du desséchement. Le plan général du marais à dessécher, désignant chacune des propriétés qui y sont comprises et son étendue, est annexé au décret. — Art. 112. Le décret fixe la portion de la plus-value qui sera attribuée à l'État ou au concessionnaire. Cette portion ne peut excéder la moitié de ladite plus-value. Lorsque les travaux sont exécutés par l'État, la portion de la plus-value à lui attribuée ne peut dépasser le montant des dépenses auxquelles les travaux donneront lieu. — Art. 113. Le décret ordonne que les propriétaires intéressés seront réunis en syndicat, et il détermine le mode suivant lequel les syndics seront élus. Si les propriétaires négligent ou refusent de procéder à l'élection, les syndics sont nommés par le préfet. — Art. 114. Les syndics sont choisis parmi les propriétaires des terrains à dessécher, pour représenter ces propriétaires dans les opérations relatives au classement des terrains et à leur estimation. — Art. 115. Le plan parcellaire des terrains compris dans le périmètre du desséchement est levé par les ingénieurs, qui procèdent, avec l'assistance d'un ou trois experts, au classement de ces terrains et à leur estimation par classe. — Art. 116. Le syndicat et le préfet ou le concessionnaire choisissent d'un commun accord l'expert ou les experts chargés d'assister les ingénieurs. A défaut de choix amiable, un expert est désigné par le préfet ou par le concessionnaire; un second expert est désigné par le syndicat; le troisième est nommé par le conseil de préfecture. — Art. 117. Un avis, affiché dans les communes sur les territoires desquelles sont situés les marais à dessécher, et inséré, en outre, dans un journal désigné pour recevoir les annonces judiciaires de l'arrondissement, informe les propriétaires intéressés que le plan parcellaire et les procès-verbaux des opérations des experts sont déposés au secrétariat de la mairie de chacune de ces communes. — Art. 118. Pendant un mois, à compter de l'apposition des affiches et de l'insertion de l'avis dans le journal, chacun des propriétaires peut prendre connaissance du plan et des procès-verbaux et consigner ses observations et ses réclamations sur un registre ouvert à cet effet dans chacune des mairies où le dépôt est effectué. — Art. 119. Le délai d'un mois expiré, les experts pro-

Digitized by Google

cèdent avec les ingénieurs aux modifications qui pourraient être reconnues nécessaires par suite des observations des propriétaires, faites conformément à l'article précédent. — Art. 120. Après le desséchement, il est procédé, dans la forme prescrite par les articles 115, 116, 117, 118 et 119, à un nouveau classement et à une nouvelle estimation des terrains, à l'effet d'en déterminer la plus-value. — Art. 121. Les indemnités de plus-value sont payées, au choix des propriétaires, soit en argent, soit en délaissant une partie du fonds desséché, calculée d'après son estimation après le desséchement. — Art. 122. Tout propriétaire qui veut se libérer en argent doit en faire la déclaration sur le registre ouvert en vertu de l'article 120. Dans ce cas il ne peut être tenu de payer le montant de la plus-value que par cinquième, en cinq annuités, produisant au profit de l'État ou du concessionnaire, un intérêt à 4 p. 100 par an. — Art. 123. Si le fonds desséché n'est pas divisible, les propriétaires peuvent le délaisser en entier, en calculant la valeur d'après l'estimation antérieure à l'exécution des travaux. — En cas de délaissement, en tout ou partie, du fonds desséché, l'enregistrement de l'acte de mutation de propriété ne donne lieu qu'au droit fixe d'un franc. — Art. 124. Les indemnités dues à l'État ou aux concessionnaires, à raison de la plus-value résultant du desséchement, ont privilége sur toute ladite plus-value, à la charge seulement de faire transcrire le décret qui ordonne les travaux de desséchement dans le bureau ou les bureaux des hypothèques de l'arrondissement ou des arrondissements de la situation des marais desséchés. — Art. 125. Au moyen de cette transcription, les hypothèques inscrites ou existant sans inscription à une époque antérieure aux travaux de desséchement sont restreintes sur une portion de propriété égale en valeur à la valeur estimative des terrains desséchés antérieurement au desséchement. — Art. 126. Les états des indemnités dues par les propriétaires des terrains desséchés sont dressés par le syndicat, d'après les bases arrêtées dans la forme prescrite par les articles 115 à 121, ou par les décisions rendues en exécution du premier paragraphe de l'article 133. Ces états sont rendus exécutoires par le préfet. — Art. 127. Durant le cours des travaux de desséchement, les canaux, fossés, rigoles, digues et autres ouvrages sont gardés et entretenus aux frais de l'État ou des concessionnaires. — Art. 128. A compter de la réception des travaux, l'entretien et la garde sont à la charge des propriétaires. — Art. 129. Les syndics déjà nommés, auxquels peuvent être adjoints d'autres syndics choisis par les nouveaux propriétaires, proposent un projet de règlement pour la garde et l'entretien des travaux de desséchement, pour l'établissement et le recouvrement des taxes nécessaires à la garde et à l'entretien. — Art. 130. Il est statué sur le projet de règlement

Digitized by Google

par un décret délibéré en Conseil d'État. — Art. 131. Les rôles des taxes d'entretien sont rendus exécutoires par le préfet, et le recouvrement s'opère de la même manière que celui des contributions directes. — Art. 132. Si le syndicat chargé de l'entretien des ouvrages de desséchement néglige ou refuse d'exécuter les travaux nécessaires pour leur conservation, le préfet peut, au cas d'urgence, ordonner ces travaux et les faire exécuter d'office. Le montant des dépenses est recouvré, comme en matière de contributions directes, sur un rôle dressé par les ingénieurs et rendu exécutoire par le préfet. — Art. 133. Les contestations relatives au classement et à l'estimation des terrains, soit avant, soit après le desséchement, à l'établissement des états de plus-value, à la confection et au recouvrement des rôles de taxes, à l'exécution et à la réception des travaux, seront jugées par le conseil de préfecture, sauf recours au Conseil d'État. — Celles qui se rattacheraient à l'établissement ou à l'exercice de servitudes légales seront portées devant le juge de paix, conformément à l'article 44. — Art. 134. Si l'exécution des travaux exige des expropriations de terrains, il y est procédé suivant les dispositions de l'article 16 de la loi du 21 mai 1836, après déclaration d'utilité publique, soit par le décret qui aura ordonné le desséchement, soit par un décret ultérieur rendu en Conseil d'État. — Art. 135. Un règlement d'administration publique déterminera les formes suivant lesquelles il sera procédé : 1° à la levée et à la vérification des plans et autres travaux préparatoires des desséchements ; 2° à l'enquête et à l'instruction qui doivent précéder les décrets de concession ; 3° enfin aux opérations des experts, des ingénieurs et des syndicats.

CHAPITRE III. — ASSAINISSEMENT DES TERRAINS HUMIDES.

Art. 136. Tout propriétaire qui veut assainir son fonds, peut, moyennant une juste et préalable indemnité, en conduire les eaux, à ciel ouvert ou souterrainement, à travers les propriétés qui séparent ce fonds d'un cours d'eau ou de toute autre voie d'écoulement. Sont exceptés de cette servitude les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenant aux habitations. — Art. 137. Les propriétaires des fonds voisins ou traversés ont la faculté de se servir des travaux faits en vertu de l'article précédent pour l'écoulement des eaux de leurs fonds. Ils supportent dans ce cas : 1° une part proportionnelle dans la valeur des travaux dont ils profitent ; 2° les dépenses résultant des modifications que l'exercice de cette faculté peut rendre nécessaires ; 3° une part contributive dans l'entretien des travaux devenus communs. — Art. 138. Les contestations auxquelles peuvent donner lieu l'établissement et l'exercice de la servitude imposée

Digitized by Google

par l'article 136, la fixation du parcours des eaux, l'exécution des travaux d'assainissement, les indemnités et les frais d'entretien, sont portées en premier ressort devant le juge de paix du canton, qui, en prononçant, doit concilier les intérêts de l'opération avec le respect dû à la propriété. S'il y a lieu à expertise, il peut n'être nommé qu'un seul expert. — Art. 139. Les dispositions des trois articles précédents sont applicables aux associations de propriétaires qui veulent, au moyen de travaux d'ensemble, assainir leurs héritages. Ces associations peuvent être libres ou autorisées. Elles sont régies par les articles 38 et suivants, relatifs aux associations syndicales d'endiguement. — Art. 140. Les travaux que voudraient exécuter les associations syndiales, les départements ou les communes, pour faciliter l'assainissement de terrains humides, peuvent être déclarés d'utilité publique par un décret rendu en Conseil d'État. — Le règlement des indemnités dues pour expropriation est fait conformément aux §§ 2 et suivants de l'article 16 de la loi du 21 mai 1836.

CHAPITRE IV. — DRAINAGE.

Art. 141. Les dispositions des articles 136, 137, 138, le § 1er de l'article 139 et l'article 140, relatifs à l'assainissement des terrains humides, sont applicables au drainage. — Art. 142. Les associations de propriétaires qui veulent, par des travaux d'ensemble, drainer leurs héritages, se forment sans l'intervention de l'administration. Elles ne peuvent se constituer qu'à l'état d'associations syndicales libres, dans les conditions déterminées par les articles 38, 39, 40, 41, 42, 63 et 65, qui régissent les associations libres en matière d'endiguement. — Art. 143. Un privilége qui prend rang avant tout autre est accordé sur les terrains drainés : 1° aux syndicats, pour le recouvrement de la taxe d'entretien et des prêts ou avances faits par eux ; 2° aux prêteurs, pour le remboursement des prêts faits aux syndicats ; 3° aux entrepreneurs, pour le payement du montant des travaux de drainage par eux exécutés ; 4° à ceux qui ont prêté des deniers pour payer ou rembourser les entrepreneurs, en se conformant aux dispositions du § 5 de l'article 2103 du Code Napoléon. Il est accordé, en outre, aux syndicats, pour le recouvrement de la taxe d'entretien de l'année échue et de l'année courante, sur les récoltes ou revenus des terrains drainés, un privilége qui prend rang immédiatement après celui des contributions directes. Néanmoins les sommes dues pour les semences ou pour les frais de la récolte de l'année sont payées sur le prix de la récolte avant la créance du syndicat. Le privilége n'affecte chacun des immeubles compris dans le périmètre

Digitized by Google

d'un syndicat que pour la part de la dette commune afférente à cet immeuble. — Art. 144. Toute personne ayant une créance privilégiée ou hypothécaire antérieure au privilége acquis en vertu de l'article précédent a le droit, à l'époque de l'aliénation de l'immeuble, de faire réduire ce privilége à la plus-value existant à cette époque et résultant des travaux de drainage. — Art. 145. Les syndicats, les prêteurs et les entrepreneurs n'acquièrent le privilége que sous la condition d'avoir préalablement fait dresser un procès-verbal à l'effet de constater l'état de chacun des terrains à drainer, relativement aux travaux de drainage projetés, d'en déterminer le périmètre et d'en estimer la valeur actuelle d'après les produits. Ce procès-verbal est dressé par un expert désigné par le juge de paix du canton où sont situés les biens. Les entrepreneurs qui ont exécuté des travaux pour des propriétaires non constitués en syndicat doivent, de plus, faire vérifier la valeur de leurs travaux, dans les deux mois de leur exécution, par un expert désigné par le juge de paix Le montant du privilége ne peut excéder la valeur constatée par ce second procès-verbal. — Art. 146. Le privilége sur les terrains drainés se conserve par une inscription prise : pour les prêteurs, dans les deux mois de l'acte de prêt ; pour les syndicats, dans les deux mois de l'arrêté qui les constitue ; pour les entrepreneurs, dans les deux mois du procès-verbal prescrit par le premier paragraphe de l'article 145. L'inscription contient, dans tous les cas, un extrait sommaire de ce procès-verbal. Lorsqu'il y a lieu à vérification des travaux, en exécution du troisième paragraphe de l'article 145, il est fait mention, en marge de l'inscription, du procès-verbal de cette vérification, dans les deux mois de sa dette. — Art. 147. L'acte de prêt consenti au profit d'un syndicat répartit provisoirement la dette entre les immeubles compris dans le périmètre du syndicat, proportionnellement à la part que chacun de ces immeubles doit supporter dans la dépense, et l'inscription est prise d'après cette répartition provisoire. Pour les avances d'un syndicat, l'inscription est également prise d'après une répartition provisoire, faite, comme il est dit au paragraphe précédent, par les soins du syndicat. Si la répartition provisoire est rectifiée ultérieurement par l'effet de recours ouverts aux propriétaires, il est fait mention de cette rectification en marge des inscriptions, à la diligence du syndicat dans les deux mois de la date où la répartition nouvelle est devenue définitive ; le privilége s'exerce conformément à cette dernière répartition. — Art. 148. Si une opération de drainage aggrave les dépenses d'un cours d'eau non navigable et non flottable, réglées par les dispositions du chapitre III du titre II, ou celles d'un cours d'eau navigable ou flottable dans le cas prévu par l'article 92, les terrains drainés sont compris dans les propriétés intéressées, et

Digitized by Google

imposés conformément aux dispositions du chapitre et de l'article susénoncés.

TITRE VI. — IRRIGATIONS.

Art. 149. Les propriétaires qui veulent entreprendre en commun des travaux pour l'irrigation de leurs héritages peuvent se réunir en association syndicale libre dans les conditions déterminées par les articles 38, 39, 40, 41, 42, 43 et 46. Ces associations jouissent des droits et supportent les obligations qui résultent des dispositions des articles 153 et suivants. — Art. 150. Dans le cas où les propriétaires intéressés à la construction d'un canal d'irrigation ne peuvent se mettre d'accord pour l'exécuter, l'utilité peut en être déclarée et la concession peut en être faite à un tiers par un décret délibéré en Conseil d'Etat. — Art. 151. Ce décret est précédé d'une enquête et d'une instruction suivant les formes déterminées par la loi du 3 mai 1841. Il règle les conditions de la concession et fixe le maximum des taxes d'arrosage à percevoir par le concessionnaire. — Art. 152. Les rôles pour le recouvrement des taxes d'arrosage dues au concessionnaire, aux termes de ses conventions avec les propriétaires des terrains arrosés, sont rendus exécutoires par le préfet; le recouvrement s'opère de la même manière que celui des contributions directes. — Art. 153. Tout propriétaire qui veut se servir, pour l'irrigation de ses propriétés, des eaux naturelles ou artificielles dont il a le droit de disposer, peut obtenir la faculté d'appuyer sur la rive opposée les ouvrages d'art nécessaires à sa prise d'eau, à la charge d'une juste et préalable indemnité. — Art. 154. Il peut aussi, sous la même condition, obtenir la faculté de faire passer ces eaux sur les fonds intermédiaires et d'y exécuter les ouvrages nécessaires pour en assurer la circulation et la conservation. — Art. 155. Les bâtiments, cours et jardins attenants aux habitations sont exempts des servitudes d'appui et d'aqueduc établies par les deux articles précédents. Les parcs et enclos attenants aux habitations sont assujettis à la servitude d'appui; ils sont exceptés de la servitude d'aqueduc. — Art. 156. Le riverain sur le fonds duquel l'appui est réclamé peut toujours demander l'usage commun des ouvrages, en contribuant dans la proportion de son intérêt aux frais d'établissement et d'entretien. — Art. 157. Lorsque cet usage commun n'est réclamé qu'après le commencement ou la confection des travaux, celui qui le demande doit supporter seul l'excédant de dépense auquel peuvent donner lieu les changements à faire au barrage pour le rendre propre à l'irrigation des deux rives. — Art. 158. Le propriétaire du fonds intermédiaire sur lequel le passage des eaux a été réclamé peut aussi, sous les

Digitized by Google

conditions exprimées dans les deux articles précédents, obtenir l'usage commun soit du barrage, soit du canal de dérivation, s'il a d'ailleurs le droit de disposer des eaux. — Art. 159. Les propriétaires des fonds inférieurs doivent recevoir les eaux qui s'écoulent des terrains arrosés, sauf l'indemnité qui peut leur être due. Sont exceptés de cette servitude les bâtiments, cours, jardins, parcs et enclos attenants aux habitations. — Art. 160. Les contestations auxquelles peut donner lieu l'application des articles 153 et suivants sont portées en premier ressort devant le juge de paix du canton, qui, en prononçant, doit concilier les intérêts de l'opération avec le respect dû à la propriété. S'il y a lieu à expertise, il peut n'être nommé qu'un seul expert. — Art. 161. Sont abrogés la loi du 11 septembre 1792, relative à la destruction des étangs marécageux; l'arrêté du 19 ventôse an VI, en tant qu'il s'applique aux rivières navigables ou flottables; la loi du 14 floréal an XI, relative au curage des rivières non navigables; la loi du 16 septembre 1807, en ce qui concerne les endiguements et les desséchements de marais; le décret du 22 janvier 1808, relatif aux chemins de halage des rivières navigables; les lois des 29 avril 1845 et 11 juillet 1847, sur les irrigations; du 10 juin 1854, relative au drainage; les articles 4, 5, 6, 7, 8 et 9 de la loi du 17 juillet 1856, relatifs au privilége sur les terrains drainés, sauf ce qui concerne le privilége du Trésor public; la loi du 21 juin 1865 sur les associations syndicales, excepté dans celles de ses dispositions qui s'appliquent à des travaux autres que ceux dont il est parlé dans le présent Code, et toutes autres dispositions de lois, décrets, ordonnances, édits, arrêtés ou règlements antérieurs contraires à celles de la présente loi.

(Le livre II du Code rural se termine par un *Titre complémentaire* dont l'article unique modifie, conformément aux dispositions ci-dessus, les articles 563, 640, 641 et 642 du Code civil relatifs à la propriété du lit des cours d'eau, à la servitude d'écoulement des eaux et à la propriété des sources.)

DES BACS PARTICULIERS SUR LES COURS D'EAU NAVIGABLES.

Examen critique d'une pratique de l'administration.

Par M. Bosquet, docteur en droit, juge suppléant à Toulon.

Les bacs et passages d'eau étaient, avant la Révolution, des propriétés d'une nature féodale; aussi l'Assemblée constituante, dans la loi du 28 mars 1790 (*Sur les droits*

Digitized by Google

féodaux), n'avait-elle maintenu les droits auxquels ils donnaient lieu que provisoirement (tit. II, art. 150). Bientôt l'Assemblée législative, en prononçant l'abolition définitive de tous les priviléges, par la loi du 25 août 1792, supprima expressément tous droits exclusifs de bacs (art. 7); et « il « fut libre à tous citoyens de tenir des bacs, coches ou voi- « tures d'eau, sur les canaux et rivières ». (Art. 9.)

On aurait pu, ce semble, prévoir que, de cette liberté, devaient naître de graves abus. Quelles que fussent les routes que desservaient les bacs et bateaux et auxquelles ils étaient destinés à servir d'annexes, une partie aussi importante du service public, qui n'intéresse pas moins la liberté des communications que la sûreté individuelle, était livrée imprudemment, sans contrôle, à la négligence, à l'irrégularité et à l'arbitraire de tous les spéculateurs avides qui allaient exploiter le passage des rivières. En effet, le plus grand désordre en résulta, et la loi du 6 frimaire an VII vint enfin y mettre un terme.

« *La sûreté personnelle des citoyens, le maintien du bon ordre* « *et de la police, l'intérêt même du Trésor public* exigent que « l'administration et la fixation des droits à percevoir sur « les bacs, bateaux, passe-cheval, établis ou à établir aux « traverses des fleuves, rivières et canaux navigables, soient « promptement réglés, afin de détruire l'arbitraire et les « vexations auxquels le défaut de surveillance active et per- « manente donne lieu. » (Exposé des motifs au Conseil des Anciens.)

Partant de ce principe que le droit d'établir des bacs ou bateaux sur les cours d'eau navigables ne peut appartenir qu'à l'État, cette loi établit d'une manière complète le régime de 1792 (art. 1er). Elle ordonne « *la prise de possession au nom de la nation* » de tous les bacs établis pour la traverse des rivières navigables, avec indemnité pour ceux dont la propriété serait prouvée. On a fait la remarque très-juste que le législateur soumet uniquement à cette sorte d'expropriation le matériel qui sert au passage et qu'il est muet, à dessein, sur le droit lui-même, parce qu'il sait *qu'aucun démembrement du domaine public n'a pu devenir propriété privée.*

Les seuls bateaux qui échappent à cette disposition, et puissent être conservés par leurs propriétaires, sont : 1° les

Digitized by Google

bacs et bateaux établis pour le seul usage d'un particulier ou pour l'exploitation d'une propriété circonscrite par les eaux ; 2° ceux qui servent seulement à l'usage de la pêche et de la marine marchande montante et descendante. Mais, entre ces deux classes, le législateur fait une distinction : tandis qu'aucune permission n'est nécessaire pour les bateaux de pêche ; les bacs particuliers, au contraire, ne peuvent être maintenus, et il n'en peut être établi de nouveaux qu'en vertu d'une autorisation administrative.

L'article 8 de la loi du 6 frimaire est ainsi conçu :

« Ne sont point compris dans les dispositions des articles « précédents les bacs et bateaux non employés à un usage « commun, mais établis pour le seul usage d'un particulier, « ou pour l'exploitation d'une propriété circonscrite par les « eaux.

« Ils ne pourront toutefois être maintenus ; il ne pourra « même en être établi de nouveaux qu'après avoir fait vérifier leur destination, et fait constater qu'ils ne peuvent « nuire à la navigation ; et, à cet effet, les propriétaires ou « détenteurs desdits bacs et bateaux, établis ou à établir, « s'adresseront aux *administrations centrales* (aujourd'hui les « préfets), qui, sur l'avis de l'administration municipale, « pourront en autoriser provisoirement la conservation ou « l'établissement, qui toutefois devra être confirmé par le « Directoire exécutif, sur la demande qui lui en sera faite « par l'administration centrale. »

Tels sont les seuls bacs *servant au passage des cours d'eau navigables* (les bateaux de pêche ayant une tout autre destination), dont la régie n'ait point le droit de prendre possession au nom de l'État.

Ajoutons ici que le décret du 25 mars 1852 a rendu définitive l'attribution provisoire conférée en cette matière aux préfets. Ils statueront sur l'avis des ingénieurs en chef (art. 4).

Ces autorisations sont des actes d'administration ; ceux qui les sollicitent ne peuvent, en cas de refus, se pourvoir contre cette décision que par la voie hiérarchique et non devant le Conseil d'État. C'est, en effet, un principe que ces sortes d'actes ne sont point susceptibles de recours devant le Conseil ; en imposant, pour l'établissement ou le maintien

Digitized by Google

de bacs particuliers, l'obligation, 1° d'une autorisation qui pourra être accordée *provisoirement* par les administrations centrales, et 2° la confirmation, faite par le gouvernement même, de cette autorisation ; la loi de frimaire prouve implicitement que les particuliers qui demandent ces permissions n'ont point, à les obtenir, un *droit acquis*, dont la violation peut seule donner ouverture au recours devant le Conseil d'État.

C'est ainsi que la Cour de cassation décide que le particulier qui se sert d'un bateau pour son usage exclusif, sans en avoir fait vérifier la destination et sans s'être pourvu de l'autorisation administrative, peut être poursuivi devant les tribunaux. Quand même son bateau ne servirait qu'à lui seul et ne nuirait point à la navigation, le jugement qui admettrait cette exception, sans déclaration que le prévenu se soit conformé aux dispositions de l'article 8 de la loi de frimaire, serait nul (arrêt du 18 juillet 1857). Il suit de là qu'un particulier n'a la faculté d'établir un bac privé que du jour où il a obtenu l'autorisation administrative.

Remarquons que la loi a maintenu les bacs se trouvant dans les termes de son article 8 (en ayant soin de se pourvoir des autorisations qu'il exige), sans distinction, quelle que soit leur proximité d'un bac public, dont le revenu allait appartenir au Trésor.

Le législateur a considéré, en effet, que si ces bacs ne servent qu'au seul usage d'un particulier, leur emploi est trop légitime, outre qu'ils ne causent qu'un préjudice insignifiant aux recettes des passages publics voisins, pour n'être point conservés ; et, si les propriétés qu'ils desservent sont circonscrites par les eaux, qu'il n'existe pas de bacs publics qui remplissent le même but et auxquels ils puissent nuire, et de plus, que, d'après la situation même de ces propriétés, leur maintien est indispensable pour y donner accès.

A cette question : Quels sont les bacs que les préfets peuvent autoriser comme bacs particuliers ? l'article 8 répond avec une netteté telle qu'il semble étrange de la poser. Il s'est cependant introduit, dans certaines préfectures, une pratique qui, nous semble-t-il, tient bien peu compte de la loi. Nos lecteurs vont en juger.

Précisons l'espèce : un pont à péages est concédé (art. 11

Digitized by Google

de la loi du 14 floréal an X prorogé, chaque année, depuis la loi du 25 mars 1817, dans la loi du budget); dans le cahier des charges de la concession, l'administration s'interdit d'établir, dans un rayon déterminé, tous passages d'eau, sauf des bacs particuliers (réserve qui serait de droit). Les concessionnaires, se conformant à leur contrat, ont construit le pont à leurs frais et commencent à en percevoir les péages, quand, le plus souvent, sans avoir été consultés, ils apprennent que le préfet a autorisé un particulier, directeur d'une usine voisine, *située tout entière sur la rive de la rivière*, à établir près du pont un bac à l'usage de tous ses ouvriers et employés, dont un grand nombre se serviront tous les jours pour traverser le cours d'eau, dans les deux sens. C'est cette mesure administrative que nous nous proposons d'examiner.

Il est évident, tout d'abord, qu'une telle autorisation n'est point accordée « *pour le seul usage d'un particulier* ». Dans l'ancien droit, les particuliers avaient également la faculté (V. notamment un arrêt du grand Conseil de 1758) de posséder des bateaux non soumis aux droits seigneuriaux, à la condition expresse qu'ils fussent uniquement consacrés à leur usage personnel et à celui de leurs familles. Les termes restrictifs dont s'est servie la loi prouvent bien que, par ces mots : « *le seul usage* d'un particulier », elle n'a certainement point voulu étendre l'ancienne exception. Et, si le moindre doute était possible, si l'on pouvait un seul instant supposer qu'elle a entendu par là désigner le particulier et tous les ouvriers qu'il emploie, il suffirait, pour que la véritable pensée de l'article ressortît à l'évidence, du seul rapprochement des deux parties : « *mais établis pour le seul usage d'un particulier, ou pour l'exploitation d'une propriété circonscrite par les eaux* ». Si, en effet, par la première, le législateur avait autorisé le maintien ou l'établissement de bacs servant à l'usage d'un particulier *et de tous ses ouvriers et employés, quels qu'ils soient*, c'eût été de sa part, je ne dirai point une superfluité, c'eût été *un contre-sens* que de la faire suivre de *la seconde disposition*.

Puisque cette autorisation ne peut se baser sur la première partie de l'article 8, il faut nécessairement que le bac auquel elle s'applique soit établi « pour l'exploitation d'une

Digitized by Google

propriété *circonscrite par les eaux* ». On s'est demandé pourquoi le législateur faisait une distinction entre les propriétés *circonscrites par les eaux*, et celles qui sont *séparées* par la rivière du domaine auquel elles se rattachent ; n'y a-t-il pas même raison de décider, et partant, la solution ne doit-elle pas être la même ? C'est l'interprétation qu'a jusqu'ici admise le Conseil d'État. Répond-elle, non pas au texte, c'est trop clair, mais à l'esprit de la loi ? Nous savons sous l'empire de quelles idées elle a été votée ; le législateur, dans sa volonté arrêtée de réagir contre le désordre antérieur, n'admettait qu'avec difficulté que des bacs non publics servissent au passage d'un grand nombre de personnes (ce pourrait être, en outre, une perte pour le Trésor, à l'intérêt duquel on songeait également alors, comme l'indique l'exposé des motifs, s'il existait un bac public à proximité). Aussi ne les a-t-il permis que lorsque, la propriété étant entourée d'eau de tous côtés, et son accès n'étant possible que par bac, il y avait absolue nécessité d'en autoriser l'établissement. Cette raison fait défaut lorsque la propriété à exploiter n'étant située que de l'autre côté de la rivière, sur la terre ferme, est seulement *séparée* du reste du domaine. Mais acceptons la solution donnée par le Conseil d'État, qui est motivée d'ailleurs par des considérations dont nous ne méconnaissons point la valeur. En admettant cette interprétation, la plus extensive assurément que l'on puisse donner à la loi, l'autorisation dont s'agit n'en a point davantage une base légale, puisque l'usine à laquelle elle s'applique est tout entière située sur le même rive du cours d'eau.

L'illégalité si flagrante de cette mesure étant démontrée, il nous reste à examiner quels arguments puissants peut invoquer l'administration supérieure, quand on lui défère les arrêtés des préfets pour les justifier. La pratique que nous critiquons a, en effet, nous ne le dissimulons point, l'approbation ministérielle.

La loi de frimaire, aurait été, dit-elle, modifiée, *interprétée* sur ce point, par une circulaire du directeur général des ponts et chaussées du 17 avril 1811. Nous doutons que son auteur ait eu une telle prétention. Que dit-il ? Il prescrit, avec raison, aux permissionnaires de remettre au fermier du bac public un état numérique des ouvriers et manœuvres

Digitized by Google

reconnus nécessaires à l'exploitation de l'usine ou des terres auxquelles la permission se rapporte. Mais il ne nous en coûterait point de concéder à l'administration qu'il en est ainsi qu'elle le prétend : avons-nous besoin de rappeler que les circulaires de ce genre n'ont qu'une valeur purement hiérarchique; qu'elles ne peuvent donner de la loi une interprétation obligatoire pour les particuliers, ni, à plus forte raison, a modifier?

L'administration ajoute qu'elle n'agit, en cette matière, qu'avec l'approbation du conseil général des ponts et chaussées; il n'y a point là d'argument. Passons.

Enfin, elle fait valoir que la faculté d'établir un bac particulier, dès lors qu'il ne pourra servir à la navigation, est *de droit naturel*, et que, par conséquent, un acte de concession de pont à péage ne peut en paralyser l'exercice. Un droit naturel sur les cours d'eau navigables ! Mais un des principes les plus certains de notre droit public, c'est précisément que les particuliers ne peuvent avoir, sur le domaine public, d'autres droits que ceux que leur connaissent, soit explicitement, soit implicitement nos lois positives. La loi de frimaire ne leur permet d'établir, sur les cours d'eau navigables, de bacs servant au passage, *que dans deux cas;* or, on ne se trouve, en l'espèce, dans aucun d'eux.

Le système de l'administration pourrait être adopté législativement : c'est celui de la loi du 25 août 1792, restreint aux bacs privés; mais ce n'est point celui de la loi actuellement en vigueur.

L'administration n'essaye point de tirer argument de ce que le Conseil d'État a décidé maintes fois, et à juste titre, que l'entrepreneur d'une digue, d'un pont à construire sur un cours d'eau peut être autorisé à se servir d'un bac pour le transport des ouvriers ou des matériaux qu'il emploie à cette construction. L'argument serait, en effet, mal fondé. Le conseil a indiqué nettement le motif parfaitement juridique de sa décision : c'est que les ouvriers, d'après la nature même du travail, n'allant point d'une rive à l'autre, le bac qui leur sert *pour les passages d'eau ne constitue point un passage d'eau;* et par suite, les règles qu'a fixées la loi de frimaire lui sont absolument inapplicables.

Nous pouvons donc affirmer, cette fois avec certitude,

Digitized by Google

après avoir examiné les raisons données par l'administration supérieure, que l'arrêté préfectoral qui aura autorisé, dans de telles conditions, l'établissement d'un bac privé, est entaché d'illégalité. Nous devons ajouter qu'il l'est quelquefois à double titre, lorsqu'il a été pris sans observer les formes prescrites par la loi. Il arrive, en effet, que malgré les termes assez explicites cependant de l'article 8, « les administrations centrales, sur l'avis de l'administration municipale, pourront, etc.... », les préfets négligent de prendre l'avis de l'administration municipale.

Les décrets du 25 mars 1852 et du 13 avril 1861 ont rangé parmi les matières sur lesquelles les préfets statueront définitivement « l'autorisation et l'établissement des bateaux particuliers ». Chacun sait que ces décrets ont laissé en pleine vigueur toutes les dispositions réglant antérieurement les formes qui devaient être observées. Il y a lieu de remarquer, d'une manière générale, que les règles que les lois avaient cru devoir prendre, les garanties qu'elles avaient jugé devoir donner aux intéressés doivent être aujourd'hui observées d'autant plus strictement qu'au lieu du double contrôle qui existait auparavant, il n'en reste qu'un seul pour toutes les attributions conférées aux préfets par ces décrets.

Aussi, lorsque l'on défère au ministre des travaux publics (art. 4 et 6 du décret de 1852) l'arrêté d'un préfet qui ne s'est nullement préoccupé de l'avis de l'administration municipale, tel n'est pas l'argument sur lequel se fonde l'administration supérieure pour ne le point annuler. L'avis de l'administration municipale, dit-elle, c'était bien peut-être en l'an VII; mais aujourd'hui il n'est plus nécessaire et ne se comprendrait plus. Lorsque nous avons fait constater que le bac à établir ne pourra nuire à la navigation, par les ingénieurs chargés de ce service, quelle lumière nous apporterait l'avis de l'administration municipale? Étrange argument; comme si les administrations municipales étaient, en l'an VII, à la différence d'aujourd'hui, chargées du service de la navigation. Aussi bien, à quoi bon raisonner? Puisque l'administration prise des circulaires si haut qu'elle ne craint point de les mettre en parallèle avec la loi même, nous revenons simplement à la circulaire n° 221 (du 22 janvier 1840). « Il

Digitized by Google

« est bien entendu que les avis du directeur et de l'ingé-
« nieur..... ne dispensent point le préfet de consulter le
« sous-préfet et le maire, *suivant la disposition formelle de la*
« *loi.* »

Quelquefois l'administration, cherchant sans doute à donner à la loi une tardive satisfaction, prend, après coup, l'avis de l'administration municipale, lorsque déjà l'autorisation a été accordée, lorsque déjà le bac est établi. Feronsnous observer qu'un tel avis n'est pas sérieux? Dans le sens de la loi, *on ne prend l'avis* que lorsqu'on le demande, les choses étant entières : il peut alors guider l'administrateur dans le parti auquel il doit s'arrêter; il est, il faut bien le dire, plaisant de le demander, lorsque l'arrêté au sujet duquel il doit intervenir est rendu et exécuté.

Cette pratique entachée d'excès de pouvoirs l'est donc, en outre, si l'on a ainsi négligé l'avis de l'administration municipale, de violation des formes prescrites par la loi, autre mode d'excès de pouvoirs. Si, après avoir résolu la question, au point de vue légal, nous l'examinons, en équité, nous arriverons à la condamner, s'il est possible, plus énergiquement encore.

La construction d'un pont est déclarée d'utilité publique (le plus souvent, il sera destiné à remplacer un bac public existant); pour faire face aux frais de construction, l'administration décide que l'adjudicataire des travaux aura le droit, pendant un certain nombre d'années, de percevoir les péages que fixe un tarif annexé au décret; il sera ce que l'on appelle concessionnaire de ce pont. Il est procédé par les agents de l'administration, en se basant sur la circulation présumée, à une évaluation du produit approximatif que pourra rapporter ce droit; et le nombre d'années maximum pendant lequel il sera concédé est réglé en conséquence. L'adjudication a lieu ensuite, et celui qui consent le plus fort rabais *sur la durée de la concession* est déclaré adjudicataire. Le cahier des charges ne réserve à l'administration le droit d'établir, jusqu'à une certaine distance en amont et en aval du pont, que des bacs particuliers.

Lorsque le concessionnaire, après avoir achevé le pont, a commencé à en percevoir les péages, il apprend tout à coup, sans que l'on ait eu à lui reprocher la plus légère

Digitized by Google

infraction soit au tarif, soit au cahier des charges, soit aux lois en vigueur, sans qu'il ait été informé de ce qui se préparait, sans qu'on l'ait mis à même de produire ses observations ou plutôt sa défense, il apprend que le préfet a autorisé, comme nous l'avons dit plus haut, le directeur d'une manufacture voisine (située tout entière sur une seule rive), dont plus de cent ouvriers, par exemple, passaient tous les jours, matin et soir, sur le pont, à se servir d'un bac à l'usage *de tous ces ouvriers.* On conçoit quelle perte énorme va causer cette mesure. Et cependant l'administration, en fixant la durée maxima de la concession, non moins que le futur concessionnaire, en évaluant quel rabais il pouvait consentir, avaient *nécessairement* (puisque la manufacture n'est ni circonscrite ni séparée par les eaux) fait entrer dans leurs calculs, pour telle part que de droit, le passage, à deux reprises tous les jours, de tous ces ouvriers, qu'ils voyaient même se servir auparavant du bac public, remplacé par le pont. Il faut dire, en effet, que les fermiers des bacs sont, en général, à l'abri d'une mesure aussi arbitraire. Leurs baux leur sont consentis pour un temps très-court; au lendemain d'une adjudication dans laquelle le prix à payer par le fermier a été calculé d'après la circulation actuelle, existante, comment serait-il possible, sans être frappé de l'énormité d'un tel arrêté, de réduire dans une proportion aussi considérable ce passage, cette circulation, la base même du contrat. Et ce que l'on n'aurait pu faire sans que l'injustice fût trop flagrante, à l'encontre des fermiers de bacs, d'où vient que l'on n'en aperçoit pas l'injustice, au moins égale, à l'égard des concessionnaires de ponts? Quelle différence existe-t-il entre eux? Avons-nous besoin de faire observer (ce qui est connu de tous) que la concession d'un pont à péage comprend deux éléments : l'entreprise d'un travail public c'est-à-dire la construction, puis l'adjudication d'un service public qui consiste à assurer une circulation constamment libre et facile sur le pont, et à percevoir les péages. Supposons que les travaux de construction soient, d'après le devis, évalués à une somme de 30,000 francs, par exemple, et que la durée de la concession soit fixée à quinze années; le schoses se passent comme si l'État, le département ou la commune payait cette somme à l'entrepreneur, après l'achè-

Digitized by Google

vement des travaux, et que celui-ci se rendît ensuite adjudicataire du droit de percevoir les péages, pendant ce laps de temps, moyennant le payement, chaque année, comme les fermiers de bacs, d'une somme fixe qui ne serait autre que l'annuité nécessaire pour amortir en quinze années le capital engagé (ce serait à peu près 3,000 francs). Si l'on suppose, dans notre espèce, que cent ouvriers passaient auparavant deux fois chaque jour, et payaient, par conséquent, d'après la plupart des tarifs 10 centimes, la perte ne sera pas moindre de 2,000 francs par an, et les frais de perception resteront les mêmes. Le concessionnaire, qui avait dépensé 30,000 francs pour la construction devait, pour rentrer dans son capital, trouver 61,500 francs, à l'expiration de la concession, en tenant compte de la capitalisation des intérêts, et la perte totale qu'on lui fait éprouver sera, pour les quinze ans, de 30,000 francs.

Ce ne sont point là des chiffres pris au hasard ou grossis par nous à dessein : nous devons dire que malheureusement l'espèce existe et que ces chiffres ne sont que trop réels. Ils feront comprendre à nos lecteurs l'intérêt, insignifiant peut-être au premier abord, de la thèse que nous avons soutenue ; qui pourrait supposer que l'on se servît des bacs particuliers, ou plutôt du mot, pour un résultat aussi inique ? Chacun peut errer sur une question de textes ; mais on admet moins facilement l'erreur sur une question d'équité : tout au moins, devrait-on s'empresser de la réparer quand elle est signalée.

Dira-t-on qu'il n'y a rien d'anormal à ce que le concessionnaire perde le profit résultant du voisinage de l'usine, puisque l'usine même pouvait être fermée pendant la durée de la concession, que le concessionnaire était soumis à ce cas fortuit et qu'il devrait supporter la perte en provenant? Précisément, le concessionnaire, avant de contracter, a réfléchi à cette éventualité et à bien d'autres; après avoir basé ses calculs sur les probabilités économiques qui donnent lieu de présumer que l'industrie exploitée sera ou non prospère pendant la concession, sur la situation de l'usine, au point de vue des débouchés, sur les capitaux dont elle dispose, sur l'intelligence avec laquelle elle est administrée, en un mot, sur toutes les conditions bonnes ou mauvaises qu'elle peut avoir de réussite, il en a tiré cette conclusion

Digitized by Google

qu'il y avait 60, 80, 90 chances sur 100 qu'elle subsistât au-delà de la courte durée de la concession. Il a en outre songé à la possibilité de construction de maisons pour les ouvriers, près de l'usine; il a supputé que, ce grand travail n'ayant point eu lieu lorsque les ouvriers devaient passer sur le bac public, dépense qui se renouvelait tous les ans, sans qu'on pût lui assigner un terme, il y avait encore *tant* de chances pour que cette construction ne fût point décidée, alors que le péage ne devait plus être perçu, à la traverse de la rivière, que pendant un nombre d'années limité et très-court. Il a ensuite exactement recherché quelles étaient les propriétés circonscrites par les eaux ou séparées par elles du domaine dont elles font partie, et pour lesquelles des bacs particuliers pourraient être établis. Enfin il a pesé toutes les probabilités des cas fortuits qui pouvaient l'atteindre; après quoi il a traité avec confiance. L'événement avait répondu à son attente, et les péages étaient en rapport avec ses prévisions; c'est alors qu'est survenue la mesure administrative que nous connaissons, qui, *dans les conditions où elle se produit*, n'était pas au nombre des causes de pertes qu'il devait prévoir; et elle les a toutes surpassées!

L'acte de concession ne peut faire obstacle à la faculté reconnue aux propriétaires voisins d'établir des bacs particuliers, en se conformant à la loi de frimaire, et nous avons vu que le cahier des charges réserve le droit d'en établir. Une seule question est à se poser : Quel est le sens des mots : *bateaux particuliers?* Évidemment, le sens que leur donne la loi qui les régit. Le futur concessionnaire, lisant ces termes dans le cahier des charges, s'est renseigné sur ce qu'ils signifiaient exactement, et a appris que *les seuls* bateaux qui puissent être maintenus ou établis comme bateaux particuliers sont ceux qui sont établis pour le seul usage d'un particulier ou l'exploitation d'une propriété circonscrite (ou séparée) par les eaux. Est-il besoin d'insister? Les décrets de 1852 et 1861 n'ont fait que rendre définitive une attribution provisoire des préfets; et quand ils disent : « Autorisation et établissement *des bateaux particuliers*, » tableau D, décret de 1861, c'est bien certainement en s'en référant à la loi antérieure. D'où il suit que le cahier des charges, se servant exactement des mêmes termes qu'un décret aussi récent:

Digitized by Google

« *Bateaux particuliers*, » ne peut nécessairement les employer qu'avec la même signification. L'autorisation d'établir un bateau *prétendu* particulier, hors des deux cas indiqués plus haut, constitue donc une *violation indéniable* du cahier des charges. Tant il est vrai que, si l'on s'écarte des lois, à chaque pas surgissent les anomalies plus surprenantes les unes que les autres. Nous savions que la pratique administrative était contraire à la loi, contraire à l'équité; elle est, de plus, contraire au droit : violation de la loi, iniquité, injustice, telle est la pénible conclusion à laquelle nous sommes forcés d'arriver.

Mais comment les préfets peuvent-ils admettre un seul instant que *l'intervention des parties, élément essentiel de tout contrat*, ait pu être, lors de l'adjudication, de subordonner ainsi l'entreprise à un tel aléa, à l'éventualité d'une perte aussi considérable ? — Et que l'on ne dise point que l'usinier va payer chaque année une somme trop considérable; nous démontrerons plus loin que l'injustice serait précisément de l'exempter indirectement; mais qu'il nous suffise de dire, quant à présent, que l'administration *devrait alors formellement avertir*, lors du contrat, ceux qui se présentent pour se rendre adjudicataires, de l'autorisation (légale ou non, ce n'est point ici la question) qu'elle se propose d'accorder à l'usinier. Si elle ne l'a point fait, c'est une idée étrange assurément que de constituer en perte et de ruiner peut-être celui qui a traité avec elle, dans l'*intérêt privé* d'un individu avec lequel elle n'est liée par aucun contrat. Nous le proclamons hautement, l'administration française n'a pas coutume d'en agir de la sorte avec ceux qui contractent avec elle : elle a une longue suite de traditions qui inspire confiance à tous, et qu'elle ne doit point interrompre en cette seule matière.

Il nous reste à apprécier brièvement quelles seraient, au point de vue général, les conséquences de cette pratique.

Ceux qui se proposent de devenir concessionnaires d'un pont à établir, sachant, avant de contracter, que le préfet pourra, s'il le juge à propos, les priver des droits de péage qu'ils percevraient pour le passage sur le pont des ouvriers que l'on emploie dans toutes les propriétés et usines voisines, quelles qu'elles soient, devront faire leurs calculs,

Digitized by Google

pour connaître quelle peut être la durée *minima* de la concession, comme si ces arrêtés allaient être rendus, et ce dès le début de la concession. Ils ne pourront donc se rendre concessionnaires que pour une durée beaucoup plus considérable. — Un pont à péage est considéré avec raison aujourd'hui comme un mal nécessaire pour les communes trop pauvres pour faire face autrement aux frais de construction : c'est une entrave à la circulation que tous les esprits éclairés cherchent à restreindre. Il y a donc un intérêt public notable, incontestable, à abréger le plus possible le temps pendant lequel les péages seront perçus. C'est le but, nous nous empressons de le reconnaître, que poursuit l'administration en toutes circonstances; comment expliquer que, dans notre espèce, elle arrive cependant (sans s'en rendre compte, il faut le croire) à un résultat opposé, et à sacrifier à l'intérêt d'un individu l'intérêt public, dont elle a la sauvegarde.

Voilà pour l'intérêt général; même conclusion au point de vue communal.

Si les communes que va relier le pont à construire pouvaient, par un autre mode, pourvoir à la dépense de construction, on n'aurait point recours au péage, cet *ultimum subsidium.* A cet effet, si chacune de ces communes contractait un emprunt, par exemple, et, pour en payer les annuités, s'imposait extraordinairement, l'usine n'échapperait pas à cette imposition : voilà un premier point incontestable. — Le principe du péage repose sur cette idée : la dépense doit être payée par ceux qui en profiteront; la conséquence logique en serait donc la perception d'un péage très-faible à perpétuité. Mais on cherche, pour les raisons indiquées plus haut, à en restreindre la durée le plus possible : on établit donc des péages un peu plus élevés, pour que leur perception couvre la dépense au bout de quelques années, et qu'ensuite on puisse passer librement sur le pont. Ceux qui passent pendant la concession payent donc à la fois pour leur passage actuel et pour leur passage futur. Cette manière de procéder, faire payer *la totalité de la dépense* par ceux qui passent dans les quinze ou vingt premières années, on la justifie d'abord par la raison d'intérêt public que nous avons signalée, puis par cette considération que les personnes

Digitized by Google

qui se serviront du pont dans la suite seront très-vraisemblablement, en grande majorité, ou les mêmes, ou leurs successeurs. Lorsque la concession sera expirée, l'usinier n'aura garde de ne point faire passer ses ouvriers sur le pont, et il s'empressera de repousser dédaigneusement le bac que lui avait libéralement accordé l'administration. Il se servira donc à perpétuité et profitera plus que tous les autres d'un pont à la dépense duquel il n'a aucunement contribué; et, puisqu'il a fallu qu'elle fût acquittée, ce sont les autres habitants de la commune qui en auront fait tous les frais. Mais il serait obligé de débourser chaque année une forte somme? Quoi de plus juste, étant admis le principe sur lequel sont basés les ponts à péage? S'il en est ainsi, c'est qu'il profitera également du pont dans une très-large mesure et pour toujours, l'existence de l'usine étant (s'il m'est permis d'employer ce terme romain) une *causa perpetua* du passage des ouvriers.

S'il ne contribue point à la dépense, il fait donc payer par autrui la part que, d'après les principes de la matière, il devrait supporter lui-même : c'est ce que nous devons appeler une injustice.

A quelque point de vue qu'on les considère, on a pu juger ce que valent ces mesures; nos lecteurs doivent avoir hâte d'en arriver aux voies de réformation.

Les *intéressés* peuvent-ils se pourvoir, devant le Conseil d'État, contre ces arrêtés? Oui, évidemment, puisque nous savons qu'il y a, de la part de l'administration, un excès de pouvoir flagrant, indéniable (double même quelquefois). Nous avons la ferme espérance que le Conseil d'État annulerait les arrêtés des administrateurs qui ont de la sorte outre-passé leurs pouvoirs.

Des faits semblables, notamment, démontrent, aux esprits les plus prévenus, la nécessité de ce grand corps; fort rares aussi furent-ils naguère ceux qui demandèrent sa suppression, lorsqu'il s'est agi de le reconstituer. Chacun sait combien cette belle théorie de l'excès de pouvoir, l'œuvre propre du conseil, donne de garanties aux intérêts privés, dont elle est, en bien des circonstances, la seule sauvegarde. Il semblerait donc qu'en ces circonstances le conseil est surtout utile aux particuliers; mais, si l'on va au fond des choses,

Digitized by Google

on ne tarde point à apercevoir qu'il l'est peut-être plus encore à l'administration active : il la prévient contre ses erreurs, répare celles qui ont pu être commises, et la rappelle constamment à l'observation de la loi, qu'elle a la haute mission d'exécuter.

Les *concessionnaires* peuvent également intenter une action devant le conseil de préfecture, compétent pour connaître des difficultés qui s'élèvent entre eux et l'État à propos du cahier des charges de la concession. Cette mesure, nous le savons, constitue en effet la violation d'une des clauses du contrat des charges; les concessionnaires réclameront une indemnité représentant la perte qu'ils subissent, par suite de l'atteinte apportée à leur droit. Ils n'attaquent point ici la mesure en tant qu'illégale, mais seulement comme ne respectant point le cahier des charges. Mais, chose remarquable, ils seront amenés indirectement à en démontrer l'illégalité, puisque le sens des mots *bateaux particuliers* étant déterminé par les décrets de 1852 et 1861 et par la seule loi qui régisse la matière, le concessionnaire devait s'en référer à elle et à ces décrets, ne pouvant, au surplus, supposer chez l'administration *l'intention de violer la loi*. Ce sera donc un cas bien rare où, devant le conseil de préfecture, on aura à discuter la même question que devant le Conseil d'État, pour excès de pouvoirs.

Fréquemment les concessionnaires ont à saisir le conseil de préfecture d'actions en indemnité; il arrive, en effet, que l'administration est forcée, dans un intérêt public supérieur, de prendre quelque mesure, dénoncée au conseil, par les concessionnaires, comme en opposition avec les droits que le contrat leur a garantis. Dans notre espèce, au contraire, par une anomalie qui nous surprendrait si nous n'en avions déjà rencontré de si nombreuses, c'est dans *un intérêt purement privé* qu'a été pris l'arrêté qui a lésé leurs droits. Il est évident que, s'ils ne doivent pas souffrir d'un arrêté parfaitement légal et qui se justifie par de hautes considérations administratives, dès lors qu'il viole une des clauses du cahier des charges, *à fortiori* en doit-il être de même d'un arrêté aussi illégal que contraire à tous les principes.

Quand nous parlons des personnes qui peuvent exercer cette action devant le conseil de préfecture, nous ne disons plus les *intéressés*, mais les *concessionnaires*. A la différence,

Digitized by Google

en effet, du recours devant le Conseil d'État qui, ayant pour base l'excès de pouvoirs, compète à *toute personne intéressée* à ce que la mesure illégale soit annulée, l'action devant le conseil de préfecture est basée uniquement sur le contrat de concession; elle ne peut donc être intentée que par ceux *qui y ont été parties*, par les concessionnaires seuls. Conséquemment, si ces derniers avaient, par exemple, donné à bail l'exercice de leur droit de péage, le fermier ne pourrait l'exercer de son chef, tandis qu'il peut certainement déférer au Conseil d'État l'excès de pouvoirs qui lui cause préjudice.

Autre différence : en déclarant le recours bien fondé, le Conseil d'État annule, met à néant l'arrêté; au contraire, la décision du conseil de préfecture le laissera subsister; elle se bornera à allouer une indemnité aux concessionnaires, pour qu'ils n'en souffrent point et ne soient point en perte. L'administrateur du département, il est vrai, ne pouvant plus cette fois méconnaître son erreur, rapporterait, sans doute, son arrêté.

De la décision du conseil de préfecture, les concessionnaires comme l'administration peuvent appeler devant le Conseil d'État, qui sera alors saisi et statuera comme juge d'appel, c'est-à-dire sur les mêmes bases que les juges du premier degré.

Nous touchons au terme de cette étude, dont nous pouvons d'un mot résumer le but : le respect de la loi. Nous voulons en effet que, tant qu'elle n'est point modifiée, la loi soit observée par tous et, avec un soin plus jaloux encore, par l'administration; parce qu'elle est la loi, d'abord, et, s'il est permis à cette raison péremptoire d'en ajouter une autre, parce qu'il en est résulté des droits pour les particuliers, qui devaient légitimement se fonder sur elle. A ces droits, si le pouvoir législatif lui-même ne peut porter atteinte, si la loi nouvelle, qui abroge la précédente, ne peut même toucher, « *si la loi ne peut avoir d'effet rétroactif* », que penser de tels arrêtés pris par l'administration?

Est-ce à dire pour cela que la loi de frimaire soit, à notre avis, pour ainsi dire l'idéal qu'il s'est donné d'atteindre en la matière? Nullement : une loi qui a été appliquée pendant une durée de soixante-quinze ans peut être susceptible des modifications qu'une si longue expérience a pu conseiller. Nous avons tenu à indiquer la véritable portée de cette loi;

Digitized by Google

elle a certainement réalisé un progrès des plus notables sur le chaos et le désordre antérieurs, mais contre lequel elle a peut-être poussé la réaction un peu loin. Aussi sommes-nous le premier à reconnaître que, sur plus d'un point, on pourrait la modifier, et qu'en notre matière, notamment, on pourrait permettre l'établissement de bacs privés, hors des deux cas qu'elle a admis. Nous serions assez disposé, pour notre part, à reconnaître que la faculté de traverser les rivières, même navigables, sur un bac particulier est de droit commun, comme celle d'en suivre le cours, en se conformant aux lois et règlements, et sous la réserve, pour l'administration, du droit de suppression, si le bateau venait à nuire à la navigation. Cette suppression pourrait être prononcée par les préfets, sur avis conforme des ingénieurs chargés du service de la navigation. Comme ce grand service ne doit point souffrir d'entraves, il serait bon de décider que, même avant que le préfet eût statué (et il le devrait faire dans un délai déterminé), la défense adressée au particulier de conserver son bac, par l'ingénieur de la navigation, *fût exécutoire provisoirement.*

Celui qui continuerait à se servir du bateau supprimé commettrait une contravention de grande voirie.

Le législateur interviendra peut-être en ce sens; il aura à tenir compte, comme toujours, du principe écrit dans l'article 2 du Code civil; les droits acquis ne devront donc être nullement lésés.

Le Conseil d'État avait adopté, dans sa séance du 14 février 1865, une disposition additionnelle au projet de loi sur les conseils généraux, qui était ainsi conçue :

« Les produits des passages d'eau, autres que ceux qui « réunissent deux sections de routes impériales, sont attri- « bués aux départements et aux communes, lesquels sont « chargés de leur établissement et de leur entretien.

« Les péages sont perçus conformément aux tarifs établis « par les préfets sur l'avis des conseils généraux et des con- « seils municipaux.

« Des passages sans péage peuvent être établis par les « particuliers pour assurer les communications qui les inté- « ressent personnellement.

« Un règlement d'administration publique prescrira les « mesures à prendre pour :...

Digitized by Google

« 2° L'établissement *des passages d'eau publics ou privés*;...

« Et généralement tout ce qui sera nécessaire pour l'exé-
« cution des dispositions comprises dans le présent article. »

La commission du Corps législatif, chargée d'examiner le projet de loi, a été unanime pour demander le rejet de la première partie de cette disposition. « Dans l'opinion de la « commission, elle aurait introduit entre les départements « et les communes une grande irrégularité. Il y a des bacs « dont les recettes couvrent les dépenses, mais beaucoup « sont onéreux; ce qui aurait été un avantage pour les uns « serait devenu une charge pour les autres, et surtout pour « les plus pauvres. — Les bacs et bateaux sont placés sur « les cours d'eau navigables, et les cours d'eau navigables « appartiennent à la grande voirie, qui est dans les mains de « l'État; le service des bacs doit donc rester à l'État. »

La chambre ayant adopté ces conclusions, aucun lien ne réunissait plus à la loi départementale le surplus de la disposition, et il était difficile de l'y insérer.

Une partie de ce qui avait précisément été cause du rejet de l'article, en 1866, a été consacrée par la loi du 10 août 1871, article 46 : « Le conseil général statue définitivement « sur... : 13° l'établissement et l'entretien des bacs et pas- « sages d'eau sur les routes et chemins à la charge du dé- « partement; la fixation des tarifs de péage. » Mais le législateur de 1871 n'a pas reproduit, comme ne se rattachant pas sans doute à son but (attributions des conseils généraux), la suite de l'article, la partie qui avait, il faut le dire, le plus d'importance [1]. Il faut donc attendre qu'une loi nouvelle, pouvant enfin donner place à cette disposition, vienne consacrer le changement libéral que, depuis dix ans déjà, le Conseil d'État a proposé à la législation de cette matière.

C. BOSQUET.

[1] Les bacs qui desservent des routes départementales sont fort rares ; on n'en compte que trente-cinq dans toute la France.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

3377. Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière et Cᵉ, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

QUESTIONS RURALES.

Par M. H. Lespinasse, premier avocat général à la Cour d'appel de Pau.

Les grands journaux politiques et littéraires ont coutume d'offrir à leurs lecteurs le récit des excursions de leurs rédacteurs durant les vacances. Ces souvenirs de villégiature ont quelquefois un attrait particulier, ils rompent d'ailleurs la monotonie des nouvelles et discussions habituelles.

Pourquoi les revues judiciaires se refuseraient-elles une semblable diversion? Pourquoi n'entretiendraient-elles pas leurs abonnés de faits juridiques et de solutions recueillis pendant ces temps de loisirs, au milieu des populations rurales que leur ignorance ou de mauvais conseils entraînent si souvent dans de ruineuses contestations.

Essayons d'esquisser quelques-unes de ces causes de procès, saisies au vol tout récemment.

Une compagnie formée pour l'exploitation du phosphate de chaux avait pris à ferme plusieurs champs où elle espérait découvrir des gisements de ce puissant engrais. Le fermage ou la vente des produits à extraire était fixé à tant par tonne. La concession devait finir quand l'entrepreneur estimerait la carrière épuisée. Après avoir longtemps fouillé le terrain, la compagnie jugea sans doute qu'il ne restait plus de phosphate, ou qu'il serait trop peu abondant, pour couvrir ses frais; en conséquence, elle solda ce qu'elle avait pris, combla la carrière, emporta les machines et fit comprendre au vendeur que les ouvriers ne reviendraient pas. Sur cette assurance, le propriétaire reprit la culture de ses champs. Trois années s'écoulèrent sans qu'il fût troublé dans sa jouissance; mais un jour il vit arriver des émissaires de la compagnie, armés de hoyaux et décidés à rouvrir le chantier. Il eut beau protester, on ne tint aucun compte de sa résistance; on dévasta ses récoltes et l'on recommença les fouilles. Cette audacieuse violation de la propriété appelait une répression sévère, et l'on ne pouvait guère douter que la justice ne l'accordât; mais une difficulté grave se présentait:

Digitized by Google

la compagnie avait son siége à l'autre extrémité de la France. S'il fallait l'assigner devant le juge de son domicile, c'était presque l'équivalent d'un procès perdu, à raison des faux frais qu'il faudrait exposer.

L'essentiel était donc de découvrir un moyen qui permît au propriétaire de traduire sa partie adverse devant le juge du lieu. On crut l'avoir trouvé dans une action possessoire.

Nous ne pensons pas que ce procédé fût juridique ; l'action possessoire a pour objet une jouissance débattue entre deux plaideurs qui se disent l'un et l'autre propriétaires. La possession annale est un indice qui préjuge la question, et chacune des deux parties est intéressée à le faire reconnaître en sa faveur, afin de rejeter sur l'autre l'obligation de prouver le droit qu'elle allègue; mais dans l'espèce, la compagnie ne prétendait nullement à la propriété du fonds; elle ne contestait pas au maître le droit d'en jouir, elle lui disait seulement : « Ce droit qui vous appartenait vous me l'avez cédé par un contrat. Vous pensez que la concession est expirée; c'est une interprétation à faire de l'acte qui nous lie. Vous êtes demandeur, portez le litige devant le tribunal de mon domicile. » Telle est en effet la solution donnée par tous les auteurs qui se sont occupés de cette difficulté. Nous citerons entre autres MM. Aubry et Rau (t. II, p. 122, 3e édition), qui s'expriment ainsi : « Le juge de paix saisi « d'une action qualifiée de complainte devrait se déclarer « incompétent si le litige avait en réalité pour objet l'inter- « prétation d'un contrat dont il ne lui serait pas donné de « connaître. » Ainsi, ajoutent ces savants magistrats, « le « juge de paix devrait s'abstenir de statuer sur une pré- « tendue action en complainte, formée par un propriétaire « contre son fermier si celui-ci ne contestant ni la propriété « ni la possession du bailleur, le débat se réduisait à une « question d'expiration du bail. » Cette opinion est aussi celle de Belime (*Action possessoire*, n° 328). On peut consulter encore sur des espèces analogues deux arrêts de la Cour de cassation rapportés par Sirey (25, 1, 259, et 48, 1, 305).

Le seul moyen qui nous eût paru juridique, eût été de considérer le fait comme une dévastation de récoltes prévue par l'article 444 du Code pénal. Le délit ayant eu lieu dans le ressort du tribunal où le bailleur était domicilié, ce tri-

Digitized by Google

bunal aurait été parfaitement compétent, et si la compagnie, pour se défendre, avait excipé de son bail, c'eût été à elle d'intenter l'action pétitoire et de la porter devant le juge du lieu. Il n'aurait pas même été nécessaire de renvoyer aux fins civiles, parce que ce renvoi, obligatoire quand il s'agit d'une revendication de propriété foncière, ne l'est pas lorsqu'il est seulement question de bail ou de vente mobilière, le juge de l'action étant alors le juge de l'exception. (V. en ce sens Cassation, 2 août 1821; Maume, *Commentaire du Code forestier*, n° 1295; le président Birris; Sirey, *Coll. nouv.*, t. I, p. 275.)

Au fond, l'affaire ne présentait pas de difficultés sérieuses; le contrat, il est vrai, n'assignait point de terme à l'exploitation. C'était le preneur qui devait en déterminer lui-même la durée. Mais il n'avait pas été stipulé qu'il notifierait sa détermination par acte d'huissier ou par un écrit quelconque; elle pouvait s'induire d'un ensemble de circonstances qui la mettraient hors de doute. Ces circonstances, dans l'espèce, étaient péremptoires; non-seulement la compagnie avait enlevé les outils servant à l'exploitation, mais elle avait comblé la carrière et laissé remettre le champ en culture. Durant trois années, elle s'était abstenue de tout acte qui pût faire concevoir la moindre incertitude sur ses projets. Si ce n'était pas là un désistement formel, on se demande ce qu'il aurait fallu de plus pour le rendre indubitable.

Ainsi, en résumé, il n'y avait point de trouble dans le sens qui peut motiver une action possessoire. Il y avait seulement une interprétation abusive de la convention qui liait les parties. Mais l'abus s'était manifesté par une voie de fait constituant un véritable délit. Le tribunal correctionnel du lieu pouvait en être saisi. Il aurait été compétent pour statuer même sur l'exception tirée du bail ou de la vente des produits à extraire, si on l'avait invoquée. Il l'aurait rejetée, parce que la renonciation au bénéfice du contrat était évidente, et il aurait condamné les agents de la compagnie aux peines portées par l'article 444 du Code pénal.

Une seconde question qui n'a pas moins embarrassé les juristes locaux est la suivante :

Une domestique, au service de deux vieux époux, avait

Digitized by Google

été instituée, par testament du mari, usufruitière des meubles garnissant la maison. Toutefois son usufruit ne devait commencer qu'après celui de l'épouse survivante et dans le cas seulement où le mobilier subsisterait encore à cette époque. Quelque temps après la mort du testateur, la femme fit elle-même un acte de dernière volonté par lequel elle confirmait au profit de la domestique le legs du mari. Plus tard cette femme, très-avancée en âge, fut interdite par jugement à raison de l'affaiblissement de ses facultés. A peine les héritiers présomptifs eurent-ils obtenu cette décision, qu'ils s'empressèrent de demander au tribunal la permission de vendre la plus grande partie des meubles comme inutiles à leur parente, et devant inévitablement dépérir par le seul laps de temps. La vente eut lieu et produisit une somme de 1,600 francs. L'interdite étant morte, la domestique réclama l'usufruit de cette somme, et sur le refus qui lui fut opposé, elle intenta un procès. Les héritiers à qui elle s'adressait étaient si convaincus de leur droit qu'ils réussirent à persuader même le défenseur de l'usufruitière, et obtinrent de lui, au nom de sa cliente, un complet acquiescement. Voici le système à l'aide duquel ils soutenaient leur prétention :

En vertu du testament du mari, comme par les dispositions de dernière volonté de la veuve, la domestique ne devait avoir l'usufruit que des meubles restant au décès des deux époux; or, il n'en reste aucun, donc elle n'a rien à réclamer.

L'usufruitière répondait :

Les deux testaments m'assuraient la jouissance du mobilier, à moins qu'il n'eût dépéri par l'usage, ou que la veuve en eût disposé à mon préjudice. Ni l'une ni l'autre hypothèse ne s'est réalisée. Le mobilier a été vendu, il est vrai, par autorité de justice, mais cette mesure n'a pas eu pour objet de porter atteinte à mon droit; elle était destinée au contraire à sauvegarder les intérêts de tous en empêchant que les meubles ne s'usassent en pure perte. Le prix de la vente représente le mobilier et doit être attribué aux destinataires primitifs, c'est-à-dire à moi pour l'usufruit, à mes adversaires pour la nue propriété. La testatrice aurait pu sans doute infirmer mes droits en dégradant ou dissipant le mobilier ; mais loin d'agir ainsi, elle a confirmé le testament de

Digitized by Google

son mari et fait tout ce qui était en son pouvoir pour m'assurer le legs dont j'avais été gratifiée. Ses dispositions sont devenues irrévocables par l'interdiction, et nul n'a pu m'enlever, sous aucun prétexte, les avantages qu'elles me conféraient. Disposer du mobilier à mon préjudice, c'eût été en réalité révoquer ce testament, ce que le tribunal lui même n'avait pas le pouvoir et n'a certainement pas eu la pensée de faire. La vente judiciaire n'est pas l'équivalent d'une aliénation qu'aurait faite la testatrice. C'est une mesure purement conservatoire prise pour assurer l'équivalent des objets vendus, au moment où s'ouvriraient les droits dont ils étaient grevés.

La question parut un moment douteuse, cependant elle finit par être résolue dans le sens que nous venons d'indiquer.

Troisième question. — En 1833, Jean Méric et Julienne Griffoul vendirent solidairement à Marguerite Delrieu, épouse d'Antoine Griffoul, certains immeubles provenant d'un partage fait en 1831, entre Julienne et Antoine, frère et sœur. Les époux Griffoul se trouvèrent ainsi en possession de tous les biens qui avaient appartenu à la famille du mari. Le prix fut payé comptant et la mère de Méric, Élisabeth Tabarley, se porta caution de son fils, et donna hypothèque pour sûreté de la vente. Cette femme mourut quelque temps après, laissant pour unique héritier Jean Méric qui se trouva ainsi garant de l'acte de 1833 à un double titre : d'abord comme vendeur et ensuite en vertu du cautionnement que sa mère avait fourni. Méric géra mal ses affaires; il contracta des dettes hypothécaires égales au moins *à la moitié* de sa fortune. En 1862 il maria sa fille Henriette avec un sieur Bès, et lui fit après le ma 8 donation entre-vifs de *la moitié* de tous ses biens présents; la donation fut immédiatement transcrite. Alors seulement Marguerite Delrieu songea à faire inscrire son hypothèque de 1833.

Henriette Bès sachant que l'immeuble vendu aux Griffoul appartenait à sa mère et était frappé de dotalité, en réclama le délaissement. Les acheteurs offrirent de le payer une seconde fois, et souscrivirent à cet effet une obligation de 800 francs au profit d'Henriette. Plus tard, ayant demandé

Digitized by Google

conseil, il leur fut répondu qu'ils pouvaient exercer un recours contre leur créancière. L'épouse Bès refusa tout accommodement, et pour justifier sa résistance, elle disait : Mon père vous doit garantie, c'est incontestable, puisqu'il est à la fois vendeur et caution; si après son décès j'avais l'imprudence d'accepter purement et simplement sa succession, je serais à mon tour obligée envers vous. Mais pendant sa vie vous n'avez rien à me demander de son chef. Quant à la donation qu'il m'a faite, elle a été transcrite avant votre inscription, elle est à l'abri de toute atteinte de votre part. Ma situation est la même que celle des créanciers de mon père inscrits plus tôt que vous et auxquels vous ne songez pas à disputer la priorité.

Surabondamment, je pourrais vous dire que votre hypothèque de 1833 est prescrite.

Le moyen tiré de la prescription n'était pas sérieux, puisqu'il s'agissait d'une action en garantie que l'article 2257 protége contre toute déchéance tant que l'éviction ne s'est pas réalisée; pour tout le reste, l'argument était irrésistible au point de vue où se plaçait l'épouse Bès; mais il y avait un autre aspect de la contestation qu'elle négligeait et qui était entièrement favorable à ses adversaires.

La transmission de propriété au profit d'Henriette était sans doute irrévocable à l'égard du père, et même envers les tiers auxquels il aurait vendu ou engagé une seconde fois les mêmes biens. Mais c'était une *donation*, et les solennités dont elle avait été entourée, et les précautions prises pour en assurer l'effet, n'empêchaient pas qu'elle ne fût attaquable de la part des créanciers antérieurs, si elle avait été faite en fraude de leurs droits. Peu importait que leurs inscriptions ne fussent venues qu'après la donation transcrite. Peu eût importé même qu'ils n'eussent pas d'hypothèques; les simples chirographaires sont admissibles à faire annuler les actes accomplis à leur détriment, l'article 1166 du Code civil ne distinguant pas entre les diverses catégories de créanciers. Il suffit pour le succès de leur action que leurs droits aient précédé l'acte attaqué, et que par cet acte leur débiteur se soit mis hors d'état de remplir vis-à-vis d'eux ses engagements. Or c'est précisément ce qui se rencontrait dans l'espèce. Méric, déjà endetté, avait donné à sa fille le

Digitized by Google

plus clair de son bien et s'était mis par là dans l'impossibilité de garantir la vente dotale qu'il avait consentie. Il y avait même dans l'espèce un motif de plus de révoquer la donation; car, à la fraude du donateur, suffisante pour justifier la révocation, se joignait la collusion manifeste de la donataire. L'épouse Bès avait, en effet, commencé par se faire attribuer tout ce *qui restait de biens libres à son père*, et puis elle avait attaqué *la vente dont il était responsable*. Ce procédé ne laissait aucun doute sur le concert dolosif intervenu entre eux. Le recours de l'acheteur du fonds dotal contre la donation était donc aussi juridique qu'équitable.

Quatrième question. — L'article 1395 du Code civil défend d'apporter, après la célébration du mariage, aucun changement aux conventions arrêtées entre les époux. L'application de ce principe a donné lieu à de graves difficultés, lorsqu'il a fallu distinguer les cas dans lesquels des stipulations nouvelles devaient être réputées porter atteinte au contrat primitif. Il est à peine besoin de dire que si elles avaient pour objet de changer le régime adopté par les époux, de rendre *communs* ou *propres* des biens primitivement *dotaux*, de modifier la communauté ordinaire par quelques-unes des restrictions qu'autorisent les articles 1497 et suivants de notre Code, la nullité ne pourrait être mise en doute. Il en serait de même de certaines modifications moins graves, comme l'assujettissement au rapport d'une dot constituée en préciput, l'ajournement de l'exigibilité jusqu'au décès du donateur, la diminution des gains de survie. La nullité résultant d'innovations semblables serait même d'ordre public; les causes qui vicient le consentement pourraient seules faire exonérer les constituants de leurs obligations primitives.

Mais, si toute dérogation au pacte matrimonial est prohibée, les changements de situation, résultant de la simple exécution du contrat, sont parfaitement licites. La difficulté consiste seulement à les discerner les uns des autres. Si, par exemple, entre le père qui aurait constitué une dot, et la fille qui l'aurait reçue, il était ultérieurement convenu qu'il ne sera pas dû d'intérêts, la nullité de la contre-lettre serait évidente. La clause nouvelle porterait une atteinte profonde à la situation des époux, en leur enlevant une des

Digitized by Google

ressources sur lesquelles ils avaient dû compter pour l'entretien de leur ménage. Ce serait une convention *purement abdicative* que rien ne pourrait légitimer.

Supposons maintenant, au lieu d'une simple renonciation à un droit dérivant du contrat, une transmission faite par les époux au profit d'un tiers, sous un régime autre que celui de la dotalité. Y aurait-il infraction à l'article 1395? Non, évidemment; les conventions matrimoniales avaient conféré aux époux la libre disposition de la chose reçue. En usant de ce droit, loin de renverser le pacte de leur union, ils n'auraient fait que s'y conformer. A la vérité, une semblable générosité pourrait être inopportune ou préjudiciable, mais nul ne serait admissible à la critiquer; l'abus d'un droit n'est pas l'équivalent d'une abdication.

Ainsi une femme ne pourrait pas renoncer purement et simplement à un gain de survie stipulé dans son contrat de mariage, alors même qu'elle aurait secrètement en vue de faciliter, par ce moyen, des libéralités que son mari se proposerait de faire, en faveur des enfants communs; mais elle serait parfaitement libre de transmettre directement, soit à ses enfants, soit à des tiers, l'avantage qui lui aurait été promis.

Cette doctrine est enseignée par tous les auteurs et notamment par MM. Pont et Rodières (t. Ier, n° 134), et par MM. Aubry et Rau (t. IV, p. 221). C'est aussi la solution consacrée par la jurisprudence, comme on le voit, dans deux arrêts de cassation du 18 avril 1812 et du 28 février 1852 (Sirey, 1813, 1, 137, et 1853, 1, 18). On peut consulter encore un arrêt de Toulouse du 12 mai 1848 (*id.*, 1848, 2, 301).

La difficulté devient plus grande quand c'est au profit du donateur lui-même qu'est faite la disposition nouvelle. Elle ressemble alors singulièrement à une abdication. Il y a cependant certaines nuances délicates qu'il ne faut point perdre de vue; l'identité peut n'être qu'apparente. Dans le cas d'une simple renonciation, le renonçant ne transfère rien et par suite ne se soumet à aucune garantie. Quand il s'agit, au contraire, d'une transmission véritable, celui de qui elle émane assume toutes les responsabilités attachées à un agissement de cette nature. Dans la première hypothèse, il y a extinction pure et simple du droit primitif; la seconde

Digitized by Google

donne naissance à une obligation nouvelle et à tous les rapports juridiques qui en découlent. Alors même qu'il s'agirait d'une pure libéralité, le donateur pourrait, en certains cas, être garant, par exemple, si, ayant donné la chose d'autrui, il en devenait plus tard propriétaire. Celui qui se borne à renoncer n'est jamais tenu de rien.

Tout se réduit donc à distinguer les *renonciations, abdicatives des actes translatifs de propriété.* Abdiquer un droit, c'est effacer jusqu'à l'empreinte qu'il aurait laissée sur la personne du renonçant. Le transmettre, c'est en prendre possession et en faire l'objet de l'acte de maître le plus significatif. C'est exécuter et non renverser la convention en vertu de laquelle on l'avait recueilli. Une disposition de cette nature ne saurait donc être considérée comme portant atteinte à l'immutabilité du contrat de mariage.

MM. Pont et Rodière se sont prononcés en ce sens à l'égard d'*un mari* qui avait fait *donation à sa femme d'un immeuble dont celle-ci l'avait elle-même gratifié dans leur contrat de mariage* (t. I, n° 134). La Cour de Paris a rendu un arrêt analogue le 3 juin 1843. (V. Dalloz, t. XIII, p. 88.)

La question s'est présentée naguère dans une espèce où elle ne pouvait souffrir de difficultés.

Un père avait assuré par contrat de mariage à sa fille l'usufruit de sa maison ; le régime adopté par les époux était celui de la communauté réduite aux acquêts. Plus tard, le père vendit la même immeuble aux jeunes époux, sans que l'acte fît mention de l'usufruit.

Le gendre administra mal sa fortune et fut exproprié. Le beau-père s'étant présenté à la vente, pour sauver le prix dont il était resté créancier, demeura adjudicataire. Quand il voulut entrer en possession, les époux lui opposèrent la stipulation d'usufruit insérée dans leur contrat de mariage et prétendirent qu'aux termes de l'article 1395 du Code civil, leur droit n'avait pu être atteint par tout ce qui s'était passé depuis. Pour repousser cette étrange réclamation, il suffisait de faire observer que, loin d'*abdiquer en pure perte* leur droit, les époux l'avaient aliéné et en avaient touché le prix. La maison, en effet, leur avait été transmise telle qu'elle était possédée par le père, c'est-à-dire avec toutes les charges dont elle était grevée ; l'usufruit était une de ces charges et nul ne

Digitized by Google

la connaissait mieux que les acheteurs. En offrant un prix, ils avaient donc dû le restreindre à ce qui restait de valeur au bâtiment, la jouissance viagère déduite. C'était absolument comme si le père recevant d'eux la valeur entière de l'immeuble leur en eût rendu la portion représentant l'usufruit.

S'il pouvait être utile de préciser davantage un raisonnement si simple, nous n'aurions qu'à supposer à la maison une valeur totale de 10,000 francs et à estimer l'usufruit 5,000 francs. Les époux n'avaient pu raisonnablement consentir à la payer que 5,000 francs. En réduisant le prix d'achat à ce taux, ils demeuraient nantis de la valeur de l'usufruit tout comme si le père ayant reçu la somme entière de 10,000 francs, leur en avait rendu la moitié. Ce n'était donc ni une *abdication pure et simple*, ni *une libéralité*, mais une véritable *disposition à titre onéreux*, une vente au comptant de l'avantage stipulé à leur profit dans leur contrat de mariage, et par conséquent, l'article 1395 était complétement inapplicable.

On aurait vainement cherché dans les circonstances de la cause des prétextes pour éluder le droit que nous venons d'exposer. Aurait-on dit que les époux ne s'étaient pas préoccupés de l'usufruit et qu'ils avaient payé la valeur entière de la maison? Agir ainsi eût été de leur part un acte de démence. Il était impossible en effet qu'ils oubliassent un droit dont l'exercice avait déjà commencé pour eux; ils ne pouvaient pas ne pas comprendre qu'en achetant la maison ils libéraient nécessairement le vendeur d'une dette que celui-ci ne pourrait plus acquitter; il est par conséquent inadmissible qu'ils n'eussent point exigé une diminution de prix, en compensation de l'usufruit dont la vente opérait entre leurs mains la confusion avec la nue propriété.

Il n'entrait certainement pas dans leur prévision qu'ils seraient expropriés un jour, et que leur père se trouverait par hasard le plus haut enchérisseur. L'extinction de l'usufruit devait donc être à leurs yeux actuelle et irrévocable, et par suite, ils devaient en exiger le dédommagement immédiat par un rabais sur le prix de l'immeuble. S'ils eussent agi autrement, ils auraient fait au père une véritable libéralité, et nous avons examiné plus haut les conséquences juridiques d'une semblable hypothèse, mais dans l'espèce la sup-

Digitized by Google

position d'un abandon gratuit ne supportait pas l'examen. Le père et les époux étaient en état flagrant d'hostilité; leur mésintelligence était précisément la cause de la vente de la maison. Les époux n'entendaient certainement pas gratifier le père qui les chassait de sa demeure; ils n'avaient donc pu manquer de retenir sur la valeur de l'immeuble l'indemnité relative à l'usufruit.

Se serait-on laissé impressionner par cette considération que le prix de l'adjudication avait été inférieur à celui de la première vente? Mais le gendre avait gardé la maison près de cinq ans, et il avait pu la laisser dépérir à raison de son état de gêne; le prix courant des propriétés bâties de la localité avait pu baisser durant cette période; la maison avait été revendue par expropriation, ce qui amène toujours une dépréciation énorme; enfin, les époux auraient pu acheter trop cher, sans que ce fût un motif légal pour revenir sur un marché librement conclu.

Une dernière observation devait dissiper toute incertitude sur la décision à rendre. Si la maison était restée aux époux, le père eût été certainement libéré de l'usufruit; s'ils l'eussent vendue à un tiers, jamais la pensée ne leur fût venue de réclamer un logement ni à ce tiers ni à leur père. Et parce que la maison avait été mise aux enchères, parce que le hasard l'avait fait adjuger au père encore créancier du prix, il aurait fallu renverser l'économie manifeste du premier contrat de vente, méconnaître la compensation évidente de l'usufruit avec une partie du prix et faire revivre au profit des époux un émolument aliéné par eux et payé comptant entre leurs mains? Une telle prétention n'avait pas besoin d'être réfutée.

Cinquième question. — On sait quelles dispositions différentes de notre ancienne législation ont été édictées par le Code civil en faveur des fermiers et des locataires. L'article 1743 aurait, suivant M. Troplong, profondément modifié les anciens principes sur les rapports du preneur avec la chose louée : il aurait converti en un droit réel ce qui précédemment n'était qu'un droit aux fruits, produisant une simple action personnelle contre le bailleur. Cette théorie, développée avec un grand appareil d'érudition et une dialectique

Digitized by Google

pressante n'a point prévalu, et la faculté accordée aux fermiers de se maintenir en possession, malgré la vente ultérieure de l'immeuble, a été considérée comme un hommage à la foi du contrat, sans tirer autrement à conséquence.

Une autre disposition du titre du Louage a fait naître également des questions délicates : c'est l'article 1725 qui semble se rattacher aux mêmes idées que l'article 1743 ; il est ainsi conçu : « Le bailleur n'est pas tenu de garantir le preneur du trouble que des tiers apportent à sa jouissance par voie de fait, et sans prétendre aucun droit à la chose louée, sauf au preneur à les poursuivre en son nom personnel. »

L'article 1726 ajoute : « Mais si le locataire ou le fermier ont été troublés dans leur possession par la revendication d'un droit de propriété, ils peuvent réclamer une diminution proportionnelle du fermage, pourvu qu'ils aient dénoncé le trouble au bailleur. »

Il peut se présenter des hypothèses qui rendent difficile le discernement entre les situations régies par ces deux textes. Il est d'abord hors de doute que l'article 1725 n'est pas applicable, lorsqu'au moment du trouble, le preneur n'est pas encore en possession ; le bailleur en effet n'ayant pas satisfait a son engagement principal, qui consiste à livrer la chose au preneur, celui-ci a le droit de lui dire : Ce n'est pas moi qui suis troublé, puisque je ne possède pas encore, c'est à vous seul que s'adresse la voie de fait, et c'est vous qui devez la faire cesser afin de remplir envers moi la première obligation que le bail vous impose.

Il faut de plus donner à l'article 1725 une extension commandée par la nature des choses. A s'en tenir aux termes employés par le législateur, il semblerait que le propriétaire doit toujours être mis hors de cause, quand l'auteur du trouble ne revendique pas la propriété du fonds ; il est cependant manifeste qu'on ne pourrait le laisser à l'écart, si un tiers prétendait avoir été investi par lui d'un droit de jouir en vertu d'un bail antérieur ; ce ne serait pas alors au nouveau fermier à discuter l'acte invoqué contre lui ; cette convention étant un fait personnel au bailleur, il en devrait garantie, d'après les principes généraux du droit.

Voyons maintenant à quelle époque le preneur doit être réputé en possession de l'immeuble loué. Supposons qu'il

Digitized by Google

s'agisse de l'un de ces domaines ruraux dont l'habitation n'est abandonnée, par le fermier sortant, qu'à la Saint-Martin, mais dont les terres sont mises à la disposition de son successeur, à mesure qu'elles sont dépouillées de récoltes.

La prise de possession de celui-ci sera-t-elle réputée ne commencer pour tout le domaine qu'au 12 novembre, ou remontera-t-elle pour chaque partie de l'assolement jusqu'à l'époque où le droit de jouir a cessé pour le fermier précédent? Une distinction est nécessaire : les terres du domaine doivent être divisées en plusieurs catégories : celles sur lesquelles l'ancien fermier n'a plus rien à prendre et celles qu'il est sur le point d'ensemencer pour percevoir la récolte, l'été suivant. Pour les premières l'entrée en possession a lieu de plein droit, et si, au moment où elle est censée s'opérer elle n'a subi aucune atteinte, le trouble qui interviendrait plus tard serait réellement dirigé contre le fermier nouveau et il devrait en poursuivre seul la répression.

On objecterait vainement qu'il n'est pas encore installé dans l'habitation et que par suite il ne possède pas. Le logement est loin d'être l'objet principal d'un contrat de cette nature. Le bail est depuis longtemps en cours d'exécution, quand la maison reçoit ses nouveaux hôtes. Des foins et des pailles ont été engrangés, des labours ont été faits, des grains semés plusieurs mois avant l'arrivée du nouveau preneur dans la maison. Sa jouissance a donc commencé pour tout ce qui, d'après l'usage, cesse d'être au pouvoir de l'ancien fermier.

Une observation importante est encore à faire; supposons que le nouveau preneur mis ainsi en possession, eût actionné son prédécesseur pour trouble porté à sa jouissance, suffirait-il à son adversaire, pour faire déclarer la demande irrecevable, d'alléguer que le fait dont on lui demande compte a été accompli, en vertu d'une clause de son bail? Nous ne le pensons pas. Ce serait faire un jeu de la justice : il est bien vrai que les fins de non-recevoir dispensent d'examiner le fond, mais encore faut-il qu'elles aient quelque apparence de vérité. Or si le bail invoqué ne contenait pas un seul mot qui pût servir de prétexte à une pareille exception, le juge pourrait-il être tenu de s'y arrêter? Ne devrait-il pas déclarer au contraire que ce moyen de défense n'étant pas sérieux, le trouble demeure avec

Digitized by Google

la qualification de voie de fait qui lui avait été donnée par le demandeur? Dans une espèce qui est venue à notre connaissance, il s'agissait de prairies artificielles que l'ancien fermier, contrairement à un usage universel, avait défrichées, la veille de la Saint-Martin, pour y semer du froment. Actionné par le nouveau fermier, il répondait : Vous n'avez point qualité pour vous plaindre, car vous ne possédiez pas encore au moment de la prétendue voie de fait que vous m'imputez. De plus, le défrichement que vous me reprochez était autorisé par mon bail et je n'en dois compte qu'au propriétaire avec qui j'avais traité.

Le nouveau fermier répliquait victorieusement, selon nous : Les prairies artificielles dont il s'agit étaient, par la date de leur ensemencement, au nombre de celles que vous deviez laisser en quittant le domaine, et, par suite, à partir de la dernière coupe que vous aviez faite, elles étaient entrées de plein droit dans ma jouissance; d'un autre côté, le bail que vous invoquez, loin de venir à votre aide, vous condamne formellement, car il porte que vous ne pouvez semer du blé sur les prairies artificielles, sans les avoir labourées au moins deux fois. Or, la veille des semailles faites par vous, vous n'y aviez pas mis la charrue. Vous reconnaissiez donc vous-même que vous n'aviez pas le droit de les défricher. L'exception tirée de votre bail est un vain prétexte; votre défrichement n'est qu'une voie de fait, et j'ai qualité pour m'en plaindre, parce que j'étais entré de plein droit en possession de toutes les terres auxquelles vous ne deviez plus toucher. L'article 1725 m'autorisait donc à me défendre moi-même contre un trouble qui n'avait le caractère ni d'une revendication de propriété, ni d'une prétention sérieuse au droit de jouir.

Sixième question.— Une maison était construite à l'extrême limite d'un héritage; elle prenait jour sur le fonds voisin par une ouverture divisée en deux, qui éclairait dans le bas une cuisine, et dans la partie supérieure, une pièce du premier étage. A diverses époques le sol de la cuisine avait été exhaussé de manière à convertir en une vue droite ce qui n'était d'abord qu'un jour de souffrance : les dimensions de l'ouverture avaient été également agrandies.

Digitized by Google

En 1853 on démolit la maison, mais on laissa subsister le mur comme clôture, avec ses jours sur la propriété contiguë. Ce fut seulement en 1875 que le voisin songea à demander la suppression d'une servitude aussi gênante qu'inutile. Les praticiens du lieu s'empressèrent de rechercher la date des modifications qu'elle avait subies, afin de savoir si elles étaient ou non prescrites; mais les renseignements recueillis ayant été contradictoires, ils ne savaient plus guère quel conseil donner. Il semble cependant qu'une observation bien simple pouvait les tirer d'embarras; la maison ayant été *définitivement* démolie, la servitude, uniquement créée pour son usage, était *définitivement éteinte* selon la disposition expresse de l'article 703 du Code civil, et pour en établir une nouvelle au profit du mur de clôture pris isolément, il aurait fallu une période trentenaire qui était loin d'être accomplie.

On ne dit pas quelle détermination finit par prévaloir, mais il est vraisemblable que l'on continua de disputer sur l'exhaussement du sol et l'agrandissement de l'ouverture, comme les juristes de Gulliver s'attachaient à la longueur des cornes d'une vache et à la couleur de son poil pour décider si le marché dont elle avait été l'objet était nul ou valable.

H. LESPINASSE.

ORIGINE ET DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE

DU

RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR[1].

Par M. E. Laferrière,
maître des requêtes au Conseil d'État,
Commissaire du gouvernement près la section du contentieux.

La loi du 24 mai 1872 est la première des lois organiques du Conseil d'État qui ait expressément mentionné le recours

[1] Cette étude était en préparation lorsque notre honorable collaborateur, M. Collet, a publié, dans la dernière livraison de la *Revue*, son intéressant article sur la recevabilité du recours pour excès de pouvoir dans le cas où une autre action est ouverte, à raison des mêmes griefs, devant

Digitized by Google

pour excès de pouvoir [1]. L'article 9 de cette loi porte que « le Conseil d'État statue souverainement sur les recours « en matière contentieuse administrative, et sur les demandes « en annulation pour excès de pouvoir formées contre les « actes des diverses autorités administratives. »

Cette disposition législative n'a fait, à vrai dire, que définir et consacrer une attribution que le Conseil d'État exerçait depuis un demi-siècle, qui a pris dans les derniers temps une importance exceptionnelle, et dont il peut être intéressant de retracer l'origine et le développement historique.

I

Avant 1872 l'annulation, par le Conseil d'État, des actes administratifs entachés d'excès de pouvoir n'avait d'autre base légale que le décret des 7-14 octobre 1790, aux termes duquel « les réclamations d'incompétence à l'égard des corps « administratifs seront portées au roi, chef de l'administra- « tion générale. »

un tribunal de l'ordre judiciaire ou administratif. Bien que je sois d'accord sur plusieurs points avec l'auteur de cet article, je me serais volontiers expliqué sur les dissidences qui subsistent entre nous; j'aurais essayé de montrer que sa théorie pèche par trop de généralité, qu'elle tend à élargir outre mesure le domaine du recours pour excès de pouvoir, à dessaisir les tribunaux ou les conseils de préfecture de contestations que la loi leur a expressément réservées, à faire revivre ainsi dans une certaine mesure les *arrêts d'évocations* par lesquels l'ancien conseil du roi pouvait neutraliser la compétence des autres juridictions. Mais il m'a semblé que cette question spéciale trouvait naturellement sa place dans l'étude plus générale que j'avais entreprise et que je devais éviter d'étendre, aux dépens des autres dissertations juridiques qui s'offrent à la *Revue*, le champ de discussion ouvert à la question des excès de pouvoir. Je me bornerai donc à consigner, dans la seconde partie de cette étude historique, les réflexions et les indications de jurisprudence qui se rapportent à la question traitée par M. P. Collet, et qui me paraissent justifier sur certains points des conclusions différentes des siennes.

[1] Avant cette loi, le décret de procédure du 2 novembre 1864 avait déjà distingué le recours pour excès de pouvoir des autres recours contentieux en décidant qu'il pouvait être formé sans le ministère d'un avocat. Jusqu'à cette époque, la législation de l'an VIII, les décrets de 1806, les lois du 19 juillet 1845 et du 15 janvier 1849, le décret organique du 25 janvier 1852, s'étaient bornés à mentionner en termes généraux « le contentieux administratif ».

Digitized by Google

Ce décret n'était pas destiné, dans la pensée de l'Assemblée constituante, à recevoir les applications si intéressantes, si variées, si protectrices des droits privés, que la jurisprudence du Conseil d'État en a progressivement déduites. Il était moins une décision de principe qu'une décision d'actualité, prise par l'Assemblée constituante au cours de l'œuvre qu'elle venait d'entreprendre pour établir l'unité de l'administration et pour prévenir toute immixtion de l'autorité judiciaire dans les décisions ou les actes des corps administratifs.

L'Assemblée avait décidé, par le décret du 22 décembre 1789, que les administrations de département et de district « ne pourraient être troublées dans l'exercice de « leurs fonctions administratives par aucun acte du pouvoir ju- « diciaire »; elle avait renouvelé ces prescriptions avec beaucoup d'énergie dans la loi des 16-24 août 1790 : « Les juges « ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque « manière que ce soit les opérations des corps administra- « tifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison « de leurs fonctions. » C'est en surveillant l'application de ces prescriptions nouvelles, et afin d'en assurer l'exécution dans un cas particulier, que l'Assemblée constituante se trouva amenée à voter le décret des 7-14 octobre 1790.

L'affaire qui lui suggéra cette disposition législative était de médiocre importance. Un différend s'était élevé entre le directoire du département de la Haute-Saône et la municipalité de Gray, au sujet de leurs attributions respectives en matière de voirie; le bailliage de Gray s'en était saisi et l'Assemblée constituante, appelée à vider le conflit, avait renvoyé la question à son comité de constitution. Celui-ci fit son rapport et proposa un projet de décret qui fut voté sans discussion dans la séance du 7 octobre.

Le préambule de ce décret rappelle succinctement la difficulté survenue dans le département de la Haute-Saône; puis, après avoir tranché le litige, le décret reproduit explicitement les défenses portées par les lois du 22 décembre 1789 et des 16-24 août 1790, contre l'immixtion des tribunaux dans les actes de l'administration[1]; il les complète

[1] Voici ce préambule et les solutions spéciales qui précèdent les disposi-

Digitized by Google

par la déclaration suivante : — « Les réclamations d'incom-
« pétence à l'égard des corps administratifs ne sont en aucun
« cas du ressort des tribunaux ; elles seront portées au roi,
« chef de l'administration générale ; et dans le cas où l'on
« prétendrait que les ministres de Sa Majesté auraient fait
« rendre une décision contraire aux lois, les plaintes seront
« adressées au Corps législatif. »

Enfin, le décret se termine par une disposition ordonnant l'apport de la procédure commencée au bailliage de Gray [1].

Telle est la modeste origine du recours pour excès de pouvoir. L'Assemblée nationale, en renvoyant au roi « les réclamations d'incompétence contre les corps administratifs, » ne songeait vraisemblablement ni à doter la couronne d'une prérogative nouvelle, ni à donner à tout citoyen la faculté de traduire les actes illégaux de l'administration devant une juridiction organisée, mais uniquement à soustraire à l'examen des tribunaux les conflits d'attribution qui pouvaient surgir soit entre plusieurs corps administratifs, soit entre les autorités administrative et judiciaire.

Il est même permis de croire que le renvoi de ces conflits à l'arbitrage de la couronne n'était, dans la pensée du comité de constitution et de l'Assemblée, que le maintien d'une pratique depuis longtemps établie dans l'ancienne administration monarchique. Avant 1789, le roi vidait par arrêts du

tions générales du décret : « Sur les contestations survenues en plusieurs « lieux, et notamment entre le directoire du département de la Haute-Saône « et la municipalité de Gray, l'Assemblée nationale, après avoir entendu le « rapport de son comité de constitution, décrète ce qui suit : 1° L'adminis- « tration, en matière de grande voirie, attribuée aux corps administratifs « par l'article 6 du décret des 6 et 7 septembre sur l'organisation judiciaire, « comprend, dans toute l'étendue du royaume, l'alignement des rues des « villes, bourgs et villages qui servent de grande route... 2° Conformé- « ment à l'article 6 de la section III du décret du 22 décembre 1789, sur la « constitution des assemblées administratives, et à l'article 13 du titre II « du décret du 16 août 1790 sur l'organisation judiciaire, aucun adminis- « trateur ne peut être traduit devant les tribunaux pour raison de ses fonc- « tions publiques, à moins qu'il n'y ait été renvoyé par l'autorité supérieure, « conformément aux lois... »

[1] « Le roi sera prié de donner les ordres nécessaires pour l'exécution des « différentes parties de ce décret, et l'apport de la procédure commencée au « bailliage de Gray, à l'occasion de l'une des traverses de cette ville, pour « être sur ladite procédure statué ce qu'il appartiendra. »

Digitized by Google

conseil tous les conflits d'attribution qui s'élevaient entre ses officiers; il réglait, en cas de compétitions, les pouvoirs respectifs de l'intendant et du gouverneur de la province, les attributions souvent rivales de l'intendant et des parlements; il statuait à la fois comme juge des conflits entre les officiers de la couronne et les compagnies judiciaires, et comme souverain arbitre des compétences dont il était d'ailleurs le suprême dispensateur [1].

Par son décret des 7-14 octobre, l'Assemblée constituante maintenait en partie cette tradition; mais, tout en reconnaissant au roi, comme « chef de l'administration générale », le droit de régler, à l'exclusion des corps judiciaires, la compétence des corps administratifs, elle modifiait sur deux points la pratique antérieure à 1789 : elle exigeait que la décision royale, au lieu d'être un acte de souveraineté absolue, fût l'exacte application de la loi; elle réservait, dans le cas contraire, le contrôle supérieur du parlement et la responsabilité des ministres.

Le conseil du roi, qui fonctionnait encore en octobre 1790 [2], n'eut pas le temps de s'associer aux décisions prévues par le décret des 7-14 octobre. Démembré par la loi du 1er décembre 1790, qui supprimait le *conseil des par-*

[1] Dareste, *la Justice administrative en France.* — E. Laferrière, *Rivalités des Parlements avec les intendants et le conseil du roi.*

Le roi en son conseil pouvait réformer, sur la plainte des parties intéressées, les actes des intendants dénoncés comme abusifs, contraires aux ordonnances ou aux priviléges des provinces. Mais le contrôle ainsi provoqué par des pétitions et des placets était peu efficace dans la pratique, si l'on en croit le témoignage de Necker : « Vient-il au ministre des plaintes d'un « particulier ou d'une province entière, que fait-on alors, et qu'a-t-on fait de « tout temps? On communique à l'intendant la requête; celui-ci, en réponse, « ou conteste les faits, ou les explique, et toujours de manière à prouver que « tout ce qui a été fait par ses ordres a été bien fait; alors on écrit au « plaignant qu'on a tardé à lui répondre jusqu'à ce qu'on eût pris connais- « sance exacte de son affaire, et on lui transmet comme un jugement réfléchi « du conseil la simple réponse de l'intendant. Ainsi le ministre ne voit ja- « mais que par les yeux de l'homme qu'il aurait besoin de juger. » (*Rapport au roi sur le projet d'établissement des Assemblées provinciales,* 1778. — Cité par M. Dareste.)

[2] Le conseil du roi avait été réorganisé par l'ordonnance du 9 août 1789 qui confiait l'examen des affaires contentieuses à un « comité du contentieux des départements », composé de quatre conseillers d'État et de quatre maîtres des requêtes rapporteurs.

Digitized by Google

ties et transférait ses attributions au tribunal de cassation, il fut définitivement dissous par la loi des 27 avril-25 mai 1791, qui supprima les conseillers d'État et les maîtres des requêtes et établit, sous le nom de Conseil d'État, un conseil de gouvernement composé du roi et de ses ministres. L'article 16 de cette loi mentionne, parmi les attributions du conseil, « la discussion des motifs qui peuvent nécessiter l'annula- « tion des actes irréguliers des corps administratifs et la « suspension de leurs membres, conformément à la loi. »

II

Le Conseil d'État de 1791 ne survécut pas à la royauté. Les ministres, que la Convention avait d'abord constitués en « conseil exécutif provisoire [1] », furent supprimés par le décret du 12 germinal an II, et remplacés par douze commissions composées chacune de deux membres et d'un adjoint nommés par la Convention, sur la présentation du comité de salut public. Tant que dura la dictature de la Convention, les questions d'administration, aussi bien que les questions de gouvernement, vinrent aboutir à l'Assemblée, à ses comités, à ses commissaires. D'ailleurs, l'administration active était presque partout aux mains des représentants en mission, dont les décisions ne pouvaient être réformées que par la Convention (loi du 26 janvier 1793). La loi du 25 ventôse an IV décida que les arrêtés rendus par les représentants en mission pourraient être déférés au Corps législatif dans un délai de six mois, passé lequel aucune réclamation ne serait plus admise [2].

[1] Le conseil exécutif provisoire avait hérité des attributions conférées au roi par le décret des 7-14 octobre, et c'est à lui que la Convention renvoyait les réclamations d'incompétence formées contre les corps administratifs.

On lit dans un décret du 8 nivôse an II, rendu sur la pétition de deux citoyens qui se plaignaient d'obstacles mis à l'exécution d'une décision judiciaire par la section de l'Unité et l'administration du département de la Seine : « Considérant que c'est par-devant le conseil exécutif provisoire que « doivent être immédiatement portées les réclamations contre les corps ad- « ministratifs qui s'écartent de la ligne de leurs fonctions et entreprennent « sur l'ordre judiciaire ; — Renvoie la pétition dont il s'agit au conseil exé- « cutif provisoire, qui sera tenu d'y statuer dans le plus court délai. »

[2] Le Conseil d'État a été saisi, sous la Restauration, de quelques recours contre des arrêtés de représentants en mission ; mais il a jugé que ces actes

Digitized by Google

Sous l'empire de la Constitution de l'an III, plusieurs recours furent ouverts contre les actes administratifs contraires à la loi : — recours aux administrations de département contre les actes des municipalités ; recours aux ministres contre les actes des administrations de département ; recours au Directoire contre les actes des administrations départementales ou municipales [1]. Les annulations prononcées par les administrations départementales ou par les ministres ne devenaient définitives qu'après « confirmation formelle » par le Directoire exécutif [2] ; tout arrêté portant « cassation d'acte », de quelque autorité qu'il émanât, devait être motivé [3]. Le droit de contrôle et d'annulation organisé par ces dispositions ne s'exerçait pas seulement dans les cas d'incompétence prévus par le décret des 7-14 octobre, mais aussi dans tous les cas d'infraction à la loi ou aux ordres de l'autorité supérieure [4].

On voit que le droit d'annulation, sous l'empire de la Constitution de l'an III, embrassait et confondait plusieurs attributions que le droit administratif moderne a soigneusement distinguées, savoir : le contrôle hiérarchique exercé sur les autorités inférieures ; l'annulation, dans un intérêt d'ordre public, des délibérations illégales des corps administratifs ; l'annulation, à la requête des parties intéressées, des actes entachés d'incompétence ou d'excès de pouvoir ; la révision des décisions juridictionnelles rendues en matière de contentieux administratif ; enfin le jugement des conflits d'attributions entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire [5].

En dehors des cas exceptionnels où les réclamations privées soulevaient de graves questions d'administration générale, l'intervention du Directoire et même celle du ministre étaient purement nominales ; les affaires étaient expédiées, sans instruction contradictoire, par des bureaux irrespon-

avaient acquis un caractère définitif par l'expiration du délai prévu par la loi du 25 ventôse an IV (11 février 1818, *Allègre*).

[1] Constitution du 5 fructidor an III, art. 193 et 196.

[2] *Id.*, art. 195.

[3] *Id.*, art. 197.

[4] *Id.*, art. 193, § 2.

[5] Cf. loi du 21 fructidor an III, art. 27.

Digitized by Google

sables dont la décision prenait la forme d'un arrêté ministériel ou directorial [1].

Pendant toute la période révolutionnaire, les préoccupations politiques des assemblées ou l'esprit exclusif des bureaux ne permettaient guère une étude attentive et impartiale des questions de légalité soulevées par les recours. L'esprit juridique ne pouvait pénétrer dans le contentieux administratif et y faire éclore une jurisprudence qu'après un changement complet dans les procédés d'instruction et le mode de décision. Ni les assemblées politiques ni les agents de l'administration active ne sont aptes à l'œuvre du juge : l'horizon des unes est trop vaste, celui des autres trop restreint. Un corps spécial et permanent peut seul résoudre avec esprit de suite les nombreuses difficutés que soulève l'application des lois administratives, les conflits qui peuvent naître entre des autorités rivales ou entre elles et les citoyens. Il importe aussi que ce corps soit assez éclairé pour dire le droit avec compétence, et assez haut placé pour le dire avec indépendance. Enfin, le corps établi juge de la légalité administrative doit pouvoir préparer sa décision par une instruction contradictoire et par une libre discussion des griefs.

III

Ces conditions furent en partie réalisées par la législation du Consulat et de l'Empire. Le Conseil d'État, rétabli par la Constitution du 22 frimaire an VIII, réorganisé par l'arrêté consulaire du 5 nivôse, d'après les traditions de l'ancien conseil du roi appropriées au nouvel état de choses, fut chargé de « résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative » et de statuer sur les affaires contentieuses, dont la décision était précédemment remise aux ministres [2].

Le décret du 11 juin 1806 créa, pour l'examen de ces sortes d'affaires, une commission du contentieux présidée par le grand juge ministre de la justice et composée de maîtres des requêtes et d'auditeurs. Cette commission,

[1] Les ministres n'avaient même pas, comme en 1791, la faculté de conférer entre eux sur les décisions présentées à leur signature; l'article 151 de la Constitution de l'an III leur avait interdit de se réunir en conseil.

[2] Constitution de l'an VIII, art. 52. — Arrêté du 5 nivôse an VIII.

Digitized by Google

première origine de la section du contentieux, était spécialement chargée de faire l'instruction de l'affaire et de soumettre au Conseil d'État un projet de décision[1]. La juridiction était ainsi constituée : elle avait son greffe, ses avocats, ses huissiers ; le décret du 22 juillet 1806 fut son Code de procédure.

Cette organisation avait principalement en vue le jugement des affaires contentieuses proprement dites, c'est-à-dire la révision des décisions juridictionnelles rendues en premier ressort par les conseils de préfecture ou par les ministres ; mais les termes généraux des décrets de 1806 permettaient aussi de porter devant la même juridiction les demandes tendant à l'annulation des actes administratifs. Le décret du 22 juillet 1806 prenait seulement des précautions pour limiter le champ de ces recours ; il ne permettait pas aux parties intéressées de déférer directement à la commission du contentieux les décrets ou les décisions ministérielles auxquels le Conseil d'État ou l'une de ses sections avait collaboré[2] ; il recommandait aux avocats la plus grande circonspection dans l'introduction des recours, et leur interdisait, sous peine de suspension ou d'amende, de présenter requête contre des actes non susceptibles de recours au contentieux[3].

[1] Décret du 11 juin 1806, titre IV.

[2] L'article 40 du décret du 22 juillet 1806 porte : « Lorsqu'une partie se croira lésée dans ses droits ou sa propriété par l'effet d'une décision de notre Conseil d'État rendue en matière non contentieuse, elle pourra nous présenter une requête pour, sur le rapport qui nous en sera fait, être l'affaire renvoyée, s'il y a lieu, soit à une section du Conseil d'État, soit à une commission. »

Le Conseil d'État a décidé, par application de ce texte, d'ailleurs fécond en controverses, qu'il ne pouvait pas être saisi directement au contentieux d'une demande tendant à l'annulation d'un règlement d'administration publique en matière d'abonnement d'octroi (31 mai 1807) ; que des entrepreneurs ne pouvaient pas attaquer un décret fixant les bases de liquidation du montant de leurs fournitures (6 juin 1807) ou le mode de payement de fournitures faites au gouvernement (11 mai 1807) ; que les recours dirigés contre ces décrets délibérés en Conseil d'État étaient soumis aux formes spéciales réglées par l'article 40, et ne pouvaient pas être portés par simple requête devant la commission du contentieux.

[3] Décret du 22 juillet 1806, art. 49 : « Les avocats au Conseil seront « suivant les circonstances, punis de l'une des peines ci-dessus (la suspen- « sion ou l'amende) dans le cas de contravention aux règlements, et notam,

Digitized by Google

Malgré ces restrictions, les demandes d'annulation portées devant le Conseil d'État pendant la période impériale furent assez nombreuses, mais limitées pour la plupart, à des cas d'incompétence ou de vice de formes. Le Conseil d'État fut appelé à régler la compétence respective des préfets et des conseils de préfecture en matière de curage, de contraventions de voirie, d'établissements insalubres; la compétence respective des préfets et des tribunaux en matière de cours d'eau non navigables et de voirie vicinale. Il n'hésita pas à annuler, à la requête de riverains ou de propriétaires d'usines, des clauses de règlements d'eau qui tranchaient des questions de propriété réservées à l'autorité judiciaire, ou des arrêtés de délimitation de chemins vicinaux statuant sur la propriété de parcelles litigieuses.

C'était bien là l'annulation pour incompétence prévue par le décret des 7-14 octobre; le Conseil d'État admit aussi, par un emprunt fait aux lois d'organisation judiciaire, l'annulation pour *excès de pouvoir*. Mais les premières décisions qui accueillirent ce grief ne l'étendirent pas au delà des limites que lui assignait alors et que lui assigne encore aujourd'hui la jurisprudence de la Cour de cassation; en dehors de l'incompétence, elles n'admirent comme cas d'excès de pouvoir que les vices de forme le plus graves, l'omission des mesures d'instruction prescrites par la loi, l'irrégularité dans la composition des tribunaux administratifs et de certaines juridictions spéciales qui échappaient alors au contrôle de la Cour de cassation [1].

« ment s'ils présentent comme contentieuses des affaires qui ne le seraient « pas, ou s'ils portent en notre Conseil d'État des affaires qui seraient de « la compétence d'une autre autorité. » Cette disposition, appliquée plusieurs fois sous la Restauration, est tombée en désuétude. (Voy. *infrà*, p. 316, note 1.)

[1] Un décret du 4 juillet 1813, rendu sur l'avis des sections de législation et de la guerre, annule deux jugements de condamnation prononcés par un conseil de guerre illégalement composé. Il contient cet important considérant de doctrine : « Considérant que c'est un principe constant qu'il n'y a « pas de plus grave défaut que le défaut de pouvoirs, et que ce vice doit être « reproché à tout tribunal non régulièrement formé, que le droit de surveiller « l'exécution des lois et de réformer les infractions qui y sont faites est « inhérent à la souveraineté et ne peut jamais cesser d'exister; qu'ainsi, « dans le cas où le prince n'en a pas délégué l'exercice, il est censé se l'être « réservé à lui-même. »

Digitized by Google

Quelques années après la chute de l'Empire, M. de Cormenin appréciait en ces termes les services rendus par la commission du contentieux : « La commission du contentieux a retiré du gouffre de l'arbitraire la justice administrative, corrigé l'application des lois de révolution, d'exception, de circonstance, éclairé la marche de l'administration, retenu les préfets et les ministres dans les bornes de leur devoir par la crainte de sa révision suprême, restitué les citoyens à leurs juges naturels, secouru le principe de la propriété, affermi la liberté civile [1]. »

Il y a quelque exagération dans ce jugement. Des résultats aussi considérables ne pouvaient pas être atteints, même dans l'ordre purement administratif et non politique, par une jurisprudence qui restreignait le contrôle du Conseil d'État aux cas d'incompétence et de vice de forme, et qui n'accordait aucun recours aux citoyens contre les infractions commises à d'autres lois que les lois de compétence et de procédure. Les droits privés peuvent être aussi gravement menacés par la violation des lois qui règlent le fond du droit que par l'oubli des formalités ou par un déplacement d'attributions. Il convient aussi de remarquer que la juridiction contentieuse du Conseil d'État s'exerçait alors sans publicité, sans divulgation d'aucune sorte, et que ses plus utiles enseignements étaient le plus souvent perdus pour les fonctionnaires aussi bien que pour les citoyens [2].

[1] *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle.* Paris, 1818 (sans nom d'auteur).

[2] Macarel, qui le premier essaya de rassembler les éléments de jurisprudence épars dans les décisions de cette période, se plaint des difficultés que présentait cette tâche. « Jusqu'ici, écrivait-il en 1818, les décisions du Conseil d'État en matière contentieuse étaient généralement inconnues aux « citoyens. La plupart étaient ensevelies dans les archives du Conseil. « Quelques-unes seulement avaient été insérées et se trouvaient pour ainsi « dire perdues dans le volumineux recueil du *Bulletin des lois*... Tandis « que la solennité des audiences et des plaidoiries, la publicité des jugements, l'enseignement des matières de droit civil et une foule de savants « commentaires popularisaient la connaissance de nos Codes, la science si « vaste et si compliquée du contentieux administratif, révélée seulement « à un petit nombre d'adeptes, laissait le reste des citoyens et les autorités « elles-mêmes dans l'ignorance confuse de leurs droits et de leurs devoirs. » (*Éléments de jurisprudence administrative*, préface.)

Digitized by Google

IV

Le gouvernement de la Restauration ne fut pas une période favorable au développement du recours pour excès de pouvoir. L'établissement du régime parlementaire et de la responsabilité ministérelle, le droit d'interpellation et de pétition avaient transporté le contrôle dans les chambres et singulièrement accru l'importance des ministres; le Conseil d'État, au contraire, était attaqué dans ses origines, son existence était contestée au point de vue constitutionnel; ses attributions et ses formes de procéder pouvaient, sous l'empire de la Charte de 1814, être modifiées par ordonnances; ses membres, révocables *ad nutum*, pouvaient même, jusqu'en 1824, être exclus du conseil par l'effet d'une simple omission au *tableau*[1]. Le roi se réservait d'évoquer, soit au conseil des ministres, soit à ses *conseils de cabinet*, les affaires touchant à des questions de haute administration, sans en excepter les affaires contentieuses[2]. Enfin les recours contentieux de toute sorte étaient jugés, sur le rapport du comité du contentieux, par l'assemblée plénière du conseil; les ministres et les hauts fonctionnaires composant le service extraordinaire avaient voix délibérative dans cette assemblée; ils n'étaient même pas tenus de s'abstenir dans les affaires contentieuses intéressant leur département. C'était là une grave dérogation au règlement du 5 nivôse an VIII (art. 12), d'après lequel les conseillers d'État chargés de la direction de quelque partie de l'administration publique

[1] Aux termes de l'ordonnance du 23 août 1815, le garde des sceaux devait soumettre au roi, le 1er janvier de chaque année, le tableau des conseillers et des maitres des requêtes en service ordinaire; l'omission sur ce tableau d'un membre en fonctions équivalait à sa révocation. Cet état de choses fut modifié par l'ordonnance du 26 août 1824 qui exigea, pour la révocation, une ordonnance individuelle contre-signée par le garde des sceaux. Mais l'ordonnance du 5 novembre 1828 rétablit le tableau : « Il sera dressé un tableau général de tous ceux auxquels il nous plait de conserver le titre de conseiller d'État, de maitre des requêtes ou d'auditeur en notre Conseil. »

[2] Ordonnances du 29 juin 1814 et du 19 avril 1817.— Les *conseils de cabinet* institués par cette dernière ordonnance étaient présidés par le roi ou par le président du conseil des ministres, et composés des ministres secrétaires d'État, de quatre ministres d'État et de deux conseillers d'État que le roi désignait pour chaque affaire.

Digitized by Google

n'avaient pas voix au conseil lorsqu'il prononçait sur le contentieux de cette administration. « On doit regretter, écri-« vait M. de Cormenin en 1818, qu'une disposition si pleine « de convenance et de justice n'ait pas été introduite dans « l'organisation du conseil actuelle... Est-il régulier que les « ministres aient séance et voix délibérative dans le conseil « où le citoyen vient attaquer leurs décisions qui blessent ses « droits? Et lorsque vous fermez à ce citoyen obscur les « portes du tribunal, que ne doit-on pas craindre de la pré-« sence d'un ministre défendant sa propre cause dans une « assemblée de juges amovibles[1] ? » L'ordonnance du 26 août 1824 remédia en partie à cet abus en décidant que les membres du service extraordinaire n'auraient que voix consultative dans les affaires contentieuses relevant de leur direction.

Cet ensemble de circonstances enlevait au Conseil d'État une grande partie de l'indépendance et de l'autorité dont il avait joui sous l'Empire. Vivement attaqué par l'opposition, il était mollement défendu par le ministère. Il ne se passait pas de session où le Conseil d'État, et avec lui la juridiction administrative tout entière, ne fussent mis en question. C'était l'époque où M. de Broglie écrivait ses fameux articles de la *Revue française* et où Manuel disait à la tribune, sans soulever beaucoup de protestations : « Que peut-on espérer de « prétendus juges qui n'ont aucune existence légale, qui sont « à la discrétion absolue des ministres et qu'à chaque tri-« mestre on peut exclure du Conseil avec autant de facilité « qu'on déplace les pièces d'un échiquier ? » (Session de 1821.)

Une juridiction ainsi constituée devait être peu portée à accueillir les réclamations formées contre les actes des ministres ou des fonctionnaires qu'ils déclaraient couvrir de leur autorité. Aussi, loin d'encourager les citoyens dans la recherche de garanties nouvelles, le Conseil d'État tendit visiblement à restreindre, par la sévérité de sa jurisprudence, des contestations qui pouvaient être pour lui la source de fâcheux conflits. On doit sans doute attribuer à ce sentiment l'application, qui fut faite assez souvent à cette époque,

[1] *Op. cit.*, p. 95.

Digitized by Google

de l'article 49 du décret de 1806, qui n'avait eu jusqu'alors et qui n'a eu depuis qu'un caractère comminatoire. Des amendes furent infligées à des avocats qui avaient formé des recours contre des décisions que le Conseil d'État ne jugeait pas susceptibles de lui être déférées [1]. Ces mesures n'étaient certainement pas de nature à encourager les recours pour excès de pouvoir, alors surtout qu'ils ne pouvaient être formés que par ministère des avocats au conseil.

V

Sous le gouvernement de Juillet, le développement de la jurisprudence fut à la fois favorisé par une organisation plus libérale du Conseil d'État, par d'heureuses modifications de la procédure contentieuse et par un grand nombre de lois qui offraient au Conseil de nouvelles occasions de contrôler diverses branches de l'administration.

Une des premières réformes consista à modifier, dans un esprit favorable aux justiciables, la composition du Conseil d'État délibérant au contentieux. L'ordonnance du 21 août 1830 assura, dans cette assemblée, la prépondérance de l'élément juridictionnel sur l'élément administratif ou politique, en décidant que les membres du service extraordinaire ne prendraient plus aucune part au jugement des affaires contentieuses ; l'ordonnance du 12 août 1831 (art. 3) prit des précautions analogues à l'égard des membres du service ordinaire appartenant au comité qui avait préparé la décision attaquée ; ils durent s'abstenir de prononcer sur le recours. L'instruction et le jugement furent en outre entourés de précieuses garanties empruntées à l'ordre judiciaire : publicité des séances, faculté donnée aux avocats de présenter des observations orales, institution d'un ministère public chargé de donner des conclusions motivées dans cha-

[1] Ordonn. 13 mars 1822. Recours formé par un colonel contre une décision du ministre de la guerre qui refusait de le réintégrer dans son grade. Requête rejetée et 10 francs d'amende à l'avocat. — 31 mars 1825. Recours contre une décision du ministre de l'intérieur autorisant un préfet à poursuivre contre un particulier le recouvrement de papiers d'archives. 5 francs d'amende. — 10 août 1825 et 23 novembre 1825. Demandes en annulation de nominations à des emplois publics. 30 francs et 50 francs d'amende.

Digitized by Google

que affaire[1]. La maturité des décisions fut assurée par un délibéré en chambre du conseil auquel furent seulement admis les conseillers ayant assisté au débat. Ces importantes innovations, accomplies dès le début de la monarchie de Juillet, furent de nouveau consacrées par l'ordonnance du 18 septembre 1839. En outre, cette ordonnance, conformément à un vœu exprimé par la Chambre des pairs, autorisa le recours en révision contre les décisions qui auraient été rendues en dehors des formes prescrites[2].

Le gouvernement, tout en promulguant ces dispositions, ne prétendait pas, comme son devancier, laisser le Conseil d'État sous le régime des ordonnances. Dès le mois d'août 1830, une commission présidée par Benjamin Constant avait été chargée de préparer un projet de loi sur la réorganisation du Conseil d'État. L'œuvre était difficile et la loi ne fut votée que quinze ans plus tard, après l'échec de six projets successifs. La loi du 19 juillet 1845 ne fit d'ailleurs que consacrer, sur tous les points essentiels, les dispositions des ordonnances. Elle écarta toute autre innovation, y compris une réforme très-importante que l'opposition libérale avait failli faire adopter en 1840, et d'après laquelle le Conseil d'État

[1] Ordonnances du 2 février et du 12 mars 1831. Les fonctions du ministère public furent confiées, comme elles le sont encore, à trois maitres des requêtes, commissaires du gouvernement. Le préambule de l'ordonnance du 12 mars motivait ainsi cette innovation : « Considérant qu'au moment où « les parties obtiennent les avantages de la publicité et de la discussion orale, « il est convenable que l'administration et l'ordre public trouvent des moyens « de défense analogues à ceux qui leur sont assurés devant les tribunaux « ordinaires. » Était-il dans la pensée des auteurs de l'ordonnance de créer sous le nom de commissaires du gouvernement des défenseurs d'office de l'administration chargés de défendre sa cause contre les avocats des parties? Le préambule de l'ordonnance n'autorise pas cette interprétation puisqu'il assimile la fonction des commissaires du gouvernement à la mission impartiale et désintéressée du ministère public agissant comme partie jointe devant les tribunaux. Une pratique constante a prouvé que cette assimilation était exacte et M. le président Aucoc a parfaitement défini le rôle du ministère public devant le Conseil d'État, en disant : « Le ministère pu- « blic est institué pour conclure, non pas au nom et dans l'intérêt de l'État, « mais au nom de la loi et dans l'intérêt de la justice. » (*Bulletin de la Société de législation comparée*, 1876, p. 10.)

[2] L'ordonnance du 18 septembre 1839 et le rapport qui la précédait résument toute la législation alors en vigueur sur le Conseil d'État. Voir aussi le règlement du 19 juin 1840, rédigé et contre-signé par M. Vivien.

Digitized by Google

aurait exercé une juridiction propre et entièrement déléguée en matière contentieuse, et aurait rendu des arrêts exécutoires au lieu de délibérer sur des projets d'ordonnance. On ne doit peut-être pas regretter, au point de vue des destinées du recours pour excès de pouvoir, que cette innovation n'ait pas été réalisée dès cette époque. Il est vraisemblable que le Conseil d'État, statuant comme tribunal, aurait hésité plus qu'il ne l'a fait après 1830, et surtout après 1852, à étendre graduellement ses attributions, à exercer, sans l'appui de textes précis, un contrôle de plus en plus large sur les actes administratifs. Le Conseil d'État, investi de ce droit de décision propre en 1872, pouvait maintenir sans scrupule les droits acquis par ses prédécesseurs; il aurait peut-être eu plus de peine à se les attribuer lui-même.

Indépendamment des lois d'organisation et d'attributions qui fortifièrent, à cette époque, la juridiction contentieuse, un certain nombre de lois administratives générales ou spéciales, rendues pendant la même période, étendirent notablement son domaine. Parmi les lois qui suscitèrent de nouvelles applications du recours pour excès de pouvoir, on peut d'abord citer la loi du 22 mars 1831 sur la garde nationale et la loi du 21 avril 1832 sur le recrutement de l'armée. Le conseil et le jury de révision institués par ces lois rendaient des décisions définitives, mais qui pouvaient être annulées pour incompétence, excès de pouvoir ou vice de forme; il en était de même des décisions rendues par la commission de liquidation des indemnités de Saint-Domingue[1]. Le Conseil d'État accueillait les recours formés contre ces juridictions spéciales lorsqu'elles tranchaient des questions réservées à l'autorité judiciaire ou statuaient en dehors des formes prescrites. Il remplissait même l'office de Cour de cassation à l'égard du jury de révision de la garde nationale du département de la Seine, et cela en vertu d'une disposition spéciale de la loi du 14 juillet 1837 qui admettait expressément le recours au Conseil d'État pour incompétence, excès de pouvoir et « *violation de la loi*[2]. »

[1] Cette commission, instituée par la loi du 30 avril 1826, fonctionnait déjà sous la Restauration, mais la plupart des recours formés contre ses décisions furent jugés après 1830.

[2] Loi du 14 juillet 1837, article 26. Dans les explications auxquelles

Digitized by Google

Dans un autre ordre d'idées, la loi de 1836 sur les chemins vicinaux, celles de 1837 et de 1838 sur les attributions des conseils généraux et des conseils municipaux donnaient aussi naissance à des questions nouvelles sur les attributions des préfets et des maires, sur les excès de pouvoir qu'ils pouvaient commettre en ne prenant pas l'avis des conseils électifs toutes les fois qu'il est exigé par la loi, et même dans certains cas, en ne suivant pas cet avis.

Mais aucune loi n'eut autant d'influence sur le développement du recours pour excès de pouvoir que celle du 21 mai 1834 sur l'état des officiers. En vertu de cette loi, le grade devenait une propriété, l'ancienneté un droit à l'avancement dans les grades inférieurs. Cette propriété, ces droits acquis ne pouvaient ni être mis sous la sauvegarde de l'autorité judiciaire, ni être laissés à la discrétion du ministre de la guerre. Le Conseil d'État était seul en mesure de faire respecter les droits méconnus; mais y serait-il parvenu s'il s'était renfermé dans la stricte application du recours pour incompétence ou pour vice de forme? La compétence du ministre de la guerre pour contre-signer les décrets de promotion et pour dresser le tableau d'ancienneté ne peut être contestée : aucune mesure spéciale d'instruction n'est prescrite; fallait-il pour cela laisser l'officier sans recours contre les erreurs de droit commises à son préjudice? Le Conseil d'État ne le pensa pas; il accueillit, sous le nom de recours pour excès de pouvoir, des réclamations fondées sur la violation et même sur la fausse application de la loi; il annula des décisions qui refusaient à un officier le grade ou le classement auquel il avait droit, ou bien qui le frappaient de certaines déchéances en dehors des cas prévus par la loi.

Ainsi était franchie, pour la première fois, je crois, la limite qui s'était maintenue jusqu'alors entre les cas d'excès de pouvoir et les cas de violation de la loi. Le Conseil d'État cessait d'être uniquement le régulateur des compétences, il devenait dans ces cas particuliers le juge de la légalité. C'était un premier pas dans une voie nouvelle.

donna lieu cet article, l'assimilation de la mission du Conseil d'État à celle de la Cour de cassation, dans ce cas particulier, fut plusieurs fois affirmée par les orateurs. Voir notamment l'opinion de M. Girod (de l'Ain) et de M. Portalis, résumée par M. Duvergier (t. XXXVII, p. 207, note 2).

Digitized by Google

Aussi M. Vivien pouvait-il, dès cette époque, définir avec plus d'ampleur qu'on n'aurait eu le droit de le faire auparavant le rôle de la juridiction administrative supérieure :

« Régler souverainement la compétence respective de « l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative; faire « rentrer dans leur sphère les agents administratifs qui en « seraient sortis, réformer les décisions de premier et der- « nier ressort et celles même, lorsqu'elles sont rendues en « dernier ressort, qui violent la loi; remplir ainsi dans l'ordre « administratif l'office de la Cour de cassation; à ce titre, « maintenir l'observation de la loi; renfermer toutes les auto- « rités dans le cercle qui leur est tracé, et assurer l'unité de la « jurisprudence; d'autre part, remplir le rôle de juge d'appel « à l'égard des juridictions qui ne prononcent qu'en premier « ressort : tel est l'office réservé à la juridiction supérieure[1]. »

VI

Les modifications qui furent apportées, après la révolution de 1848 à l'organisation du Conseil d'État et au fonctionnement de sa juridiction contentieuse furent loin de compromettre les résultats acquis sous le gouvernement précédent.

L'indépendance du Conseil d'État fut mise à l'abri de toute atteinte par les dispositions constitutionnelles ou législatives qui conféraient à l'Assemblée nationale le droit de nommer et de révoquer les conseillers d'État, et qui n'autorisaient la révocation des maîtres des requêtes que sur la proposition du président du Conseil d'État et des présidents de section[2].

La mission du conseil, comme régulateur de la compétence administrative et comme gardien de la légalité, fut expressément reconnue par la Constitution de 1848 et par la loi organique de 1849. Son contrôle à l'égard des actes contraires à la loi fut organisé sous la double forme d'un recours administratif exercé par le gouvernement devant

[1] *Études administratives*, titre I, ch. VII, t. I, p. 157.

[2] Constitution du 4 novembre 1848, art. 72 et 74. — Loi du 15 janvier 1849, art. 18.

Digitized by Google

l'assemblée générale du conseil et d'un recours contentieux exercé par le gouvernement ou par les parties devant la section du contentieux.

D'après l'article 99 de la Constitution, les actes de tout fonctionnaire, autre que le président de la République, pouvaient « dans tous les cas » être déférés au Conseil d'État soit par l'Assemblée nationale, soit par le chef de l'État; le conseil prononçait en assemblée générale et sur un rapport de la section de la législation qui devait être rendu public [1]. Il était chargé de résoudre, sur la demande des ministres, les difficultés qui pouvaient s'élever entre eux relativement à leurs attributions respectives et à l'application des lois [2]. Enfin il exerçait une véritable attribution politique en statuant sous forme d'avis obligatoire sur la dissolution des conseils locaux et sur la révocation des fonctionnaires électifs [3].

Quant au recours contentieux, la loi du 15 janvier 1849 réalisait d'importantes innovations. La section du contentieux, qui avait été jusqu'alors un comité d'instruction préparant, sous forme de projets d'ordonnances, des décisions soumises à l'assemblée générale, était érigée en tribunal jugeant seul et rendant des arrêts exécutoires par eux-mêmes. La justice administrative jusque-là *retenue* devenait justice *déléguée*, ainsi que M. Dalloz l'avait demandé en 1840, comme rapporteur de la Chambre des députes. Mais cette innovation avait pour contre-poids la faculté donnée au ministre de la justice de revendiquer devant le tribunal des conflits les affaires portées devant la section du contentieux « qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif » [4], et même le droit de déférer à l'assemblée générale du Conseil d'État, « pour excès de pouvoir ou violation de la loi », les décisions rendues par la section [5].

[1] Constitution de 1848, art. 99.— Loi du 15 janvier 1849, art. 8-29.

[2] Loi du 15 janvier 1848, art. 5. — Les ministres avaient eu de tout temps le droit de demander des avis aux sections ou à l'assemblée générale du conseil.

[3] Constitution, art. 65 et 80, et Résolution interprétative du 2 mars 1849.

[4] Loi du 15 janvier 1849, art. 47.

[5] *Id.*, art. 46.

Digitized by Google

De même que l'organisation, les attributions furent modifiées La législation de 1849 les réduisit sur deux points en transférant du Conseil d'État au tribunal des conflits le jugement des conflits de compétence entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative, ainsi que les recours pour excès de pouvoir formés contre les arrêts de la Cour des comptes. Elle les développa sur d'autres points en autorisant le ministre de la justice à dénoncer à la section du contentieux « les actes administratifs contraires à la loi » et à en faire prononcer l'annulation par arrêt [1].

Le ministre de la justice était ainsi chargé d'exercer une véritable action publique en matière d'excès de pouvoir, et l'excès de pouvoir comprenait ici la violation de la loi. Il pouvait faire annuler par la section du contentieux les actes illégaux d'administrateurs dont il n'était pas le supérieur hiérarchique, si le ministre compétent négligeait d'exercer lui-même son droit de censure et de réformation. Le ministre de la justice avait le même droit à l'égard des corps électifs, relativement aux décisions illégales qu'ils auraient prises et que l'administration supérieure n'aurait pas pu ou n'aurait pas voulu réformer. Le garde des sceaux pouvait ainsi faire fonctions de procureur général à l'égard de toutes les autorités administratives, sans en excepter les chefs des autres départements ministériels [2].

[1] Loi du 15 janvier 1849, art. 43.

[2] Ce recours, prévu par l'article 43 de la loi de 1849, ne doit pas être confondu avec le *pourvoi dans l'intérêt de la loi* qui, aux termes de l'article 44, appartenait également au ministre de la justice. Il en différait à deux points de vue : d'abord en ce que le pourvoi dans l'intérêt de la loi visait des actes de juridiction, tandis que le recours d'office pour excès de pouvoir atteignait des actes d'administration non juridictionnels ; puis en ce que le pourvoi dans l'intérêt de la loi ne modifiait pas les effets de la décision juridictionnelle annulée, tandis que le recours pour excès de pouvoir provoquait l'annulation effective de l'acte déféré. Il convient d'ailleurs de remarquer que le recours d'office pour excès de pouvoir était seul une innovation. Quant au pourvoi dans l'intérêt de la loi, bien qu'il n'eût été expressément prévu par aucune loi, il était depuis longtemps admis par la jurisprudence. Mais cette jurisprudence, au lieu de reconnaître le droit de pourvoi au ministre de la justice seul comme l'avait fait la loi de 1849, le reconnaissait à chaque ministre pour les affaires de son département (23 avril 1823, ministre de l'intérieur ; 8 février 1838, ministre des finances ; 26 mai 1837, 27 février et 18 décembre 1840, ministre des travaux publics).

Digitized by Google

Cette idée, dont l'initiative paraît avoir appartenu à l'éminent rapporteur de la loi de 1849, M. Vivien, était neuve et s'inspirait de vues très-élevées sur la nécessité d'assurer, dans tous les services et à tous les degrés de la hiérarchie, l'exacte observation des lois. Mais ne risquait-elle pas d'être paralysée dans la pratique par la solidarité naturelle et désirable des membres d'un même cabinet, solidarité qui s'accommoderait difficilement du droit de censure de l'un de ses membres sur toutes les branches de l'administration et sur les actes de tous les fonctionnaires ?

Relativement au droit de recours des parties intéressées contre les actes qui leur faisaient grief, la législation de 1849 ne contenait aucune disposition qui pût l'étendre ou le restreindre. Il restait dans le domaine de la jurisprudence. La loi de 1849 n'a pas été assez longtemps en vigueur pour qu'on puisse apprécier quelle aurait pu être son influence sur le développement du recours pour excès de pouvoir directement exercé par les citoyens. D'un côté, le droit accordé au ministre de la justice de déférer au contentieux, non-seulement les actes entachés d'incompétence ou de vice de forme, mais encore tous les actes « contraires à la loi », pouvait suggérer des analogies favorables au droit des parties et faire considérer comme recevables, dans la plupart des cas, les griefs tirés de la violation ou de la fausse application de la loi. D'un autre côté, il était possible que la possession nouvelle du droit de décision propre, loin de stimuler l'initiative de la section du contentieux, la refroidît au contraire en faisant craindre que toute extension de doctrine ne parût un empiétement sur le domaine ministériel ou parlementaire.

En fait, la jurisprudence ne révèle pas, pendant cette période, de mouvement appréciable dans un sens ou dans l'autre.

VII

Le décret du 25 janvier 1852 sur la réorganisation du Conseil d'État ne laissa pas subsister les innovations introduites par la loi de 1849 dans le fonctionnement de la juridiction

Digitized by Google

contentieuse. Il replaça à peu près cette juridiction dans les conditions où elle s'exerçait sous le gouvernement de Juillet, retira au Conseil d'État le droit de décision propre, mais laissa aux parties les garanties d'un débat contradictoire et public. La seule modification de quelque importance qui fut alors apportée au système de 1831 et de 1845 est relative à la composition de l'assemblée chargée de préparer les projets de décrets contentieux. Cette assemblée, au lieu d'être composée, comme sous le gouvernement de Juillet, de tous les conseillers en service ordinaire, fut formée de deux délégués de chaque section administrative, réunis, pour les audiences publiques, à la section du contentieux.

Le recours pour excès de pouvoir ne parut pas destiné, au début du régime impérial, à l'accueil favorable qu'il reçut quelques années plus tard ; son nom résonnait mal à une époque où les idées de contrôle et de résistance légale étaient peu en faveur et où l'on n'aimait pas à voir les citoyens tenir tête à des fonctionnaires.

Mais cette première impression, qui engagea tout d'abord le barreau à montrer quelque réserve dans l'introduction des recours, fit bientôt place à d'autres sentiments. Des esprits judicieux reconnurent que le pouvoir central était le premier intéressé à ce que les personnes lésées par un acte administratif illégal pussent obtenir satisfaction par les voies régulières. L'état politique du pays ne permettait pas que ces satisfactions fussent obtenues par l'action de ministres responsables, d'un Parlement indépendant, d'une presse libre; le droit de pétition était relégué au Sénat. Il était à craindre que le pouvoir central ne subît le contre-coup de tous les froissements qu'une administration aussi agissante que la nôtre est exposée à provoquer; que le chef de l'État n'endossât la responsabilité de toutes les erreurs et de toutes les fautes commises par ses agents dans les affaires administratives les plus étrangères à la politique. On pensa qu'il serait plus sage de ménager une issue aux mécontentements, une réparation aux griefs légitimes, une solution quasi-judiciaire à des différends qui risquaient de s'exaspérer faute de juges.

Un auteur des plus accrédités, qui fut en même temps un

Digitized by Google

des collaborateurs les plus actifs de la juridiction contentieuse à cette époque, a très-clairement traduit ces préoccupations, qui eurent une réelle influence sur le sort du recours pour excès de pouvoir : « Le gouvernement, sur qui « retombe la responsabilité des fautes de ses agents, a grand « intérêt à ce que les plaintes qu'elles soulèvent puissent « arriver jusqu'à lui, parce que les griefs les plus minimes « peuvent, en se multipliant, amener de graves mécontentements. Il y a là une sorte de soupape de sûreté qui doit « être toujours ouverte[1]. »

Ces impressions, conformes à l'intérêt bien entendu du pouvoir, furent aussi confirmées, sans nul doute, par une sincère sollicitude pour les intérêts et les droits en souffrance. D'un autre côté, des réformes législatives et des pratiques nouvelles de l'administration démontrèrent la nécessité de l'intervention du Conseil d'État dans un grand nombre d'affaires qui étaient restées jusque-là en dehors du contentieux administratif.

Le document législatif le plus important à ce point de vue est le décret dit de décentralisation du 25 mars 1852, qui transférait aux préfets plusieurs attributions retenues jusqu'alors par le pouvoir central, et qui leur donnait droit de décision dans des affaires qui touchent de près aux droits privés des citoyens. Ainsi les autorisations d'usines sur les cours d'eau, l'organisation des syndicats entre propriétaires intéressés à des travaux d'endiguement, de desséchement, ou d'irrigation, les obligations à imposer aux riverains en matière de curage, etc., devinrent l'objet d'arrêtés préfectoraux. Les intéressés hésitèrent moins à attaquer les décisions prises sous cette forme que lorsqu'elles s'offraient sous la forme plus imposante d'ordonnances ou de décrets; le Conseil d'État encouragea le contrôle en étendant à l'égard de tous ces actes la portée du recours pour excès de pouvoir.

Dans un autre ordre d'idées, les grands travaux de Paris et les mesures administratives qui les accompagnèrent furent aussi l'occasion d'innovations très-libérales dans la pratique des recours. La préfecture de la Seine, souvent en lutte avec

[1] Aucoc, *Conférences sur le droit administratif*, t. I, p. 394.

Digitized by Google

les propriétaires d'immeubles, faisait volontiers intervenir les pouvoirs de police là où ils n'avaient que faire. Le préfet cherchait à résoudre, comme « grand voyer », à l'aide d'une simple injonction administrative, des difficultés qui réclamaient des solutions d'une autre nature. De là des prescriptions aventureuses, préjudiciables à la propriété, et contre lesquelles s'élevèrent de sérieuses protestations. La jurisprudence en vigueur aurait permis au Conseil d'État de se désintéresser du débat en déniant le caractère contentieux de ces décisions et en renvoyant les plaignants à se pourvoir administrativement devant le ministre de l'intérieur. Mais le Conseil d'État n'ignorait pas que l'autorité du ministre n'était guère que nominale à l'égard du préfet de la Seine et qu'un recours hiérarchique inutile, au lieu de calmer les plaintes, les ferait remonter plus haut. Il préféra retenir ces différends et il fut ainsi amené à élargir sa compétence en matière d'excès de pouvoir et à modifier sensiblement la jurisprudence de ses devanciers. Si paradoxale que cette proposition puisse paraître, on peut dire que les préfets de l'Empire, et spécialement le préfet de la Seine, furent les promoteurs principaux, quoique involontaires, de toute une jurisprudence nouvelle en matière d'excès de pouvoir.

Lorsque l'utilité du recours pour excès de pouvoir au point de vue de la politique et de la bonne administration eut été affirmée à plusieurs reprises par les organes les plus autorisés du Conseil d'État, proclamée par ses arrêts, reconnue par les ministres qui recueillaient ses impressions, le gouvernement fit de son côté un pas hardi et décisif. Il voulut mettre ce recours à la portée de tout le monde en l'affranchissant des frais de procédure. Le décret du 2 novembre 1864 dispensa du ministère des avocats au Conseil « les recours portés devant le Conseil d'État en vertu de la « loi des 7-14 octobre 1790 contre les actes des autorités « administratives pour incompétence ou excès de pouvoir ». Le même décret décida que les ministres saisis d'un recours contre les décisions d'autorités qui leur sont subordonnées devaient statuer dans le délai maximum de quatre mois ; ce délai passé, les parties pouvaient déférer à la fois au Conseil

Digitized by Google

d'État la décision soumise au ministre et sa confirmation présumée par le supérieur hiérarchique. On empêchait ainsi que le silence des bureaux ou leur lenteur calculée n'arrêtât le cours des réclamations qui n'étaient pas portées *omisso medio* devant le Conseil d'État.

Ainsi qu'on devait s'y attendre, le décret de 1864 donna une notable impulsion au recours pour excès de pouvoir; le nombre de ces sortes d'affaires fut presque doublé en quelques années.

Après avoir ainsi mentionné les principales causes d'extension du recours pendant la période impériale, il convient de rechercher en quoi consistèrent les innovations de jurisprudence réalisées à cette époque. Ce sera l'objet d'un prochain article dans lequel nous devrons également étudier quelles ont été, depuis la réorganisation du Conseil d'État en 1872, les tendances de la jurisprudence, et quel peut être son avenir.

E. LAFERRIÈRE.

(*La fin à la prochaine livraison.*)

DE LA JURIDICTION DE LA CHAMBRE DU CONSEIL

en matière d'instruction criminelle.

Il y a aujourd'hui près de vingt ans que la loi du 17 juillet 1856 a aboli la juridiction de la chambre du conseil, statuant au criminel, et confié ses pouvoirs au juge d'instruction. Mais on se tromperait grandement si l'on pensait qu'en raison même de la durée dont elle peut se prévaloir, la réforme accomplie à cette époque défie désormais la critique. Sur ce point, comme sur bien d'autres, les progrès à réaliser dans l'amélioration de notre procédure criminelle sont loin d'avoir été atteints. Déjà, lorsque la loi de 1856 fut adoptée, les hommes les plus autorisés, et en première ligne M. Faustin Hélie, ne lui avaient accordé qu'une adhésion pleine de réserves. A l'heure présente, si l'on ne peut

Digitized by Google

aller jusqu'à dire que la suppression de la chambre du conseil ait laissé dans l'instruction de toutes les affaires un vide qu'il y ait urgence à combler, on peut affirmer que dans beaucoup de cas, et notamment dans les affaires où la conscience du magistrat instructeur peut hésiter, soit en raison des faits, soit en raison des questions de droit soulevées au cours de l'instruction, on a souvent regretté qu'une autorité constituée pour le jugement n'appréciât pas la valeur et la portée des charges réunies contre le prévenu avant qu'elles ne fussent déférées au tribunal qui doit statuer sur sa culpabilité ou sa non-culpabilité.

Un projet de loi tendant à réformer en ce sens la loi de 1856 avait été présenté, en 1872, à l'Assemblée nationale, et la commission d'initiative parlementaire, au rapport de M. Bottieau, avait décidé à l'unanimité (séance du 9 février 1872; V. ann. 891, *Journal officiel* du 26 février 1872) sa prise en considération. Les conclusions du rapporteur demandaient le retour pur et simple aux dispositions abrogées du Code de 1810, en spécifiant toutefois que l'état hebdomadaire des cabinets d'instruction dont la communication était, avant 1856, donnée aux chambres du conseil, qui l'est actuellement au procureur général, serait faite, à l'avenir, au président de la chambre des mises en accusation.

Ce serait assurément aller bien loin que de demander le rétablissement pur et simple de la chambre du conseil, telle qu'elle fonctionnait antérieurement à la loi de 1856, sous l'empire du Code de 1810. Toutefois, lorsque l'on considère que toute l'œuvre de l'instruction s'achève désormais dans le cabinet du magistrat instructeur, et que le prévenu peut être amené à la barre sans que les opérations du juge qui a informé contre lui aient subi d'autre examen que celui qui résulte de la communication au ministère public, et soient soumises à un autre contrôle que celui que peut exercer le procureur général, il est difficile de se défendre de sérieuses appréhensions, et l'on doit souhaiter que la question soulevée en 1872 soit remise à l'étude devant la nouvelle législature.

S'il est, en effet, un principe incontestable dans le droit nouveau, c'est la nécessité de l'existence d'une juridiction

Digitized by Google

placée au seuil des tribunaux de répression pour y juger de la nature et du plus ou moins bien fondé des actions dont ils sont saisis, institution éminemment protectrice de la justice elle-même, dont une pareille garantie accordée à la défense grandit l'autorité devant l'opinion. Or, depuis la loi de 1856, dans toutes les affaires qui ne sont pas qualifiées crimes et dont, à ce titre, la juridiction criminelle n'est saisie que par l'intermédiaire, qui subsiste, de la chambre des mises en accusation, un juge unique est souverain arbitre du renvoi des prévenus en police correctionnelle, et peut, de son autorité privée, sans entendre aucun organe en leur faveur, sans que sa décision subisse l'épreuve du délibéré, renvoyer directement à l'audience celui que l'action publique a placé sous le coup d'une poursuite déshonorante.

Et le juge qui a ce pouvoir est précisément celui qui a instruit sur les poursuites, qui a édifié l'instruction, et qu'elle a pu passionner. Le prévenu n'a même pas le droit, sauf des cas très-rares, d'interjeter appel de sa décision. S'il n'en peut user, et c'est l'ordinaire, le juge d'instruction statue souverainement sur le sort de l'action dirigée contre lui ; seul il attache au fait sa qualification, seul il crée ce préjugé si grave du renvoi à la barre du tribunal, ou seul aussi, il faut l'ajouter, désarmant la vindicte publique, s'il est mal à propos porté à l'indulgence, il laisse tomber dans l'oubli un fait qu'il fallait punir, et fait bénéficier l'accusé d'un non-lieu qui l'exonère plus qu'un jugement d'acquittement.

Le magistrat qui a ce droit redoutable en a un autre qui ne le cède en rien à celui-ci par sa gravité. Il a encore le droit de statuer, au moins en premier ressort, sur les questions si délicates de la mise en liberté provisoire du prévenu.

Il serait injuste, cependant, de ne pas le reconnaître : la loi de 1856 a réalisé un progrès considérable : elle a diminué dans une proportion notable la durée de la détention préventive, et c'est là assurément un service qu'on ne saurait publier trop haut. Pour en bien saisir l'importance, il suffit d'ouvrir les comptes rendus de la justice criminelle pendant les cinq derniers mois de 1856. En 1854, sur 2,000 inculpés, 352 avaient vu cesser leur détention préventive dans la

Digitized by Google

quinzaine de leur arrestation. En 1856, six mois après la promulgation de la loi nouvelle, ce chiffre de 352 sur 2,000 s'était élevé à 421. Parallèlement, on pouvait constater que les détentions préventives, qui se prolongeaient au delà de trois mois en 1854 pour 40 inculpés sur 100, ne dépassaient plus ce laps de temps, après 1856. que pour 13 inculpés sur 100; résultat important, si l'on considère que dans les deux années 1854 et 1856 on n'avait pas soumis à la rigoureuse mesure de la détention préventive moins de 66,000 individus, sur lesquels 11,316 avaient bénéficié en 1856 d'ordonnances de non-lieu, et 16,678 avaient été finalement relaxés après jugement, en sorte qu'en s'appuyant sur ces chiffres, on pourrait soutenir que sur le nombre total des individus poursuivis annuellement, c'est à près du quart qu'il faudrait évaluer le nombre de ceux arrêtés dont l'arrestation n'a pas abouti à une condamnation et dont la loi de 1856 a, en conséquence, amélioré la condition. (V. Duvergier, *Recueil des lois*, vol. de 1855 à 1857, *Comptes rendus de la justice criminelle.*) Ajoutons à ces chiffres, car ce fait les rend encore plus convaincants, que la justice, même au début de l'application de la réforme, n'a pas eu à souffrir du transport fait au juge d'instruction des attributions de la chambre du conseil. On peut lire en effet, dans le rapport sur la justice criminelle de 1859, que le nombre des infirmations prononcées contre les ordonnances des magistrats instructeurs n'est pas sensiblement plus considérable que celui des réformations antérieures des jugements de la chambre du conseil.

Ces premiers résultats de la loi de 1856 se sont maintenus. Ils se sont même accrus encore postérieurement, grâce à la loi du 14 juillet 1865, sur le jugement des délits flagrants, et cela bien qu'avant cette loi, l'instruction et le jugement de cette catégorie de délits fussent organisés, notamment au tribunal de la Seine, de façon à être expédiés presque aussi rapidement qu'aujourd'hui. Le rapport de la justice criminelle, pour l'année judiciaire 1872, ne saurait sur ce point laisser aucun donte. La détention préventive a suivi une décroissance progressive. Sa durée moyenne, sur un total de 83,000 individus arrêtés préventivement, a été d'un à *trois*

Digitized by Google

jours pour 23 p. 100, de 4 à *huit* jours pour 25 p. 100 des autres, de *quinze* jours pour 20 p. 100 du reste. Sur cette dernière catégorie, 3 p. 100 seulement ont subi une détention de plus de trois mois. Le rapport ajoute, qu'en résumé, les deux tiers des prévenus ont vu statuer sur leur sort dans la quinzaine de leur arrestation. (V. Compte général de l'administration de la justice criminelle pour l'année 1872[1], *Journal officiel* du 16 septembre 1874.)

On le voit par ces chiffres, on doit aux réformes de notre instruction criminelle, si patiemment poursuivies depuis vingt ans, et principalement à la loi de 1856, qui en est le monument le plus important, une simplification et une accélération des formes judiciaires qu'il faut s'appliquer à conserver, surtout si l'on peut y parvenir sans compromettre aucun droit. M. Faustin Hélie, dans ses critiques de la loi de 1856, en sa nouvelle édition de son *Traité de l'instruction criminelle* (t. V, p. 66, édit. de 1867), n'accorde pas, suivant nous, à ces résultats l'attention qu'ils méritent. Mais les auteurs du projet de 1872 en tenaient moins de compte encore, et tandis que le savant criminaliste se borne à donner certains regrets, en quelque sorte platoniques, à l'organisation de 1810, ils proposaient qu'on revînt purement et simplement à cette législation !

C'était faire évidemment trop bon marché de cet intérêt de la liberté des prévenus, tant préconisé à d'autres époques, et devant lequel toute autre considération semblait pâlir.

La loi de 1856, il est vrai, a fait naître à son tour certains dangers. Elle comporte des inconvénients qui tiennent à son insuffisance, cela n'est pas douteux ; mais à cette insuf-

[1] En 1871, les résultats sont moins favorables. Le rapport en donne l'explication Les difficultés que rencontrait alors l'instruction des affaires criminelles et correctionnelles, par suite de l'interruption des communications sur plusieurs points du territoire, ont amené une prolongation des délais employés d'ordinaire à recueillir les preuves nécessaires à l'accusation et à la prévention. C'est surtout en matière correctionnelle que ce résultat s'est produit. Le nombre des ordonnances rendues par les magistrats, dans les deux premiers mois de l'instruction, est descendu de 89 p. 100, chiffre de 1869, à 69 p. 100, celui des affaires jugées dans le premier mois, de 75 p. 100 à 62. (V. compte général de l'administration de la justice, *Journal officiel* du 8 octobre 1873.)

Digitized by Google

fisance est-il démontré qu'il n'y ait d'autre correctif que son abrogation ? Ne serait-il point excessif de la proposer ? Dans la pensée de ménager la liberté des accusés, la loi de 1856 leur a enlevé la protection d'une juridiction parfois précieuse pour leur défense, et qui le devenait par cela même pour la justice. Mais est-ce une raison pour revenir, sans essayer d'y rien changer, à un système qui sacrifiait uniformément la liberté de tous pour ne profiter qu'à la sécurité de quelques-uns? N'y aurait-il pas, en un mot, un juste milieu à tenir entre le système de 1810 et celui de 1856, ou plutôt ne pourrait-on perfectionner la loi de 1856 sans l'abroger, en s'attachant à respecter la pensée qui l'a dictée, et en s'appliquant seulement à la corriger dans ce qu'elle a d'imparfait?

La loi de 1856 est due à une pensée véritablement progressive, à laquelle il faut chercher à faire porter tous ses fruits. Si l'on est fondé à critiquer certaines de ses dispositions, on verra, en les rapprochant du but que s'est proposé le législateur, qu'elles n'ont rien d'essentiel à son application, qu'elles n'y ont été introduites que parce qu'on s'est mépris, en la préparant, sur les motifs par lesquels on devait la justifier, et qu'en conséquence, en revenant à ce qui devait en être le principe unique, l'idée simple de ne prolonger la détention préventive que dans la stricte mesure où l'intérêt de la vérité le commande, on peut la perfectionner sans l'abroger.

La lecture de l'exposé des motifs du législatenr de 1856 fait très-bien comprendre comment, au milieu des raisons spécieuses dont on a inutilement entouré sa présentation, son but véritable a été en partie méconnu. Ses rédacteurs posent d'abord en principe comme une vérité hors de discussion que la citation directe serait le mode ordinaire d'évocation devant la justice criminelle. Ils en tirent cette conséquence que le prévenu qui peut être cité directement devant le tribunal n'a pas le droit de se plaindre quand il l'est après une information que termine l'ordonnance du juge, d'ailleurs susceptible d'appel, au lieu d'un jugement de la chambre du conseil.

L'exposé des motifs s'attache, en second lieu, à mettre en

Digitized by Google

lumière les défectuosités de l'institution de la chambre du conseil, telle que le Code de 1810 l'avait organisée, avec le droit de veto du juge d'instruction à l'encontre de toutes ses décisions, droit qui permettait à ce magistrat de saisir directement la chambre des mises en accusations, quand il n'acceptait pas les décisions rendues sur ses instructions. Il conclut de cette anomalie à l'inutilité absolue de l'intervention du tribunal dans l'instruction ! Pour mettre encore plus complétement en lumière la superfluité de cette intervention, il ajoute que toute procédure d'instruction aboutit à un non-lieu ou à un renvoi; que s'il y a non-lieu, peu importe l'autorité qui le prononce, et que s'il y a renvoi, la chambre du conseil fait double emploi soit avec le tribunal appelé à connaître une seconde fois de la même affaire, soit avec la chambre des mises en accusation, à qui elle est renvoyée, et qui seule peut saisir la juridiction criminelle.

Ces considérations, qui semblent avoir au premier abord une réelle portée, n'en ont, quand on y réfléchit, aucune. Ce sont elles cependant qui ont amené le législateur à oublier les services que rendait à l'instruction la chambre du conseil. Mais par cela même, en se dégageant du point de vue erroné auquel elles l'ont conduit, on ne tardera pas à s'apercevoir que cette institution n'a rien d'incompatible avec la réforme accomplie, et l'on verra tout naturellement apparaître la place qu'il faut lui garder sous le nouveau régime.

Et d'abord, est-on bien fondé à dire que la citation directe soit le droit au correctionnel? Rien n'est moins exact! M. Faustin Hélie le fait observer avec grande raison : c'est pour éviter le danger des citations téméraires qu'on a posé en 1789 le principe de l'intervention du jury d'accusation, depuis remplacé par la chambre du conseil; ne sont-elles pas également à craindre au correctionnel?

Il est vrai qu'on admet au correctionnel que le juge ne doit se décider que sur les témoignages produits à l'audience. Mais cette règle, qui a surtout pour objet de limiter les pouvoirs d'un juge qui n'a pas la souveraineté du jury, dispense-t-elle l'instruction criminelle de se suivre et de s'achever dans des conditions qui en assurent la régularité et qui en garantissent les résultats?

Digitized by Google

Si la procédure d'instruction ne devait être mise sous les yeux du tribunal qu'à titre de renseignement et pour éclairer le débat, on comprendrait encore qu'il ne fût pas bien utile que la chambre du conseil fût appelée à en connaître; mais l'ordonnance qui la clôture est en définitive l'acte qui saisit le tribunal, et par cela même elle demeure contre le prévenu un préjugé considérable. Les faits, les pièces, les témoignages sur lesquels s'est appuyé le juge auront, quoi qu'on fasse, une influence décisive sur l'esprit du tribunal, et même, si les témoignages recueillis à l'audience ne les confirment pas, sans que le jugement les vise, il est à craindre qu'ils ne le déterminent secrètement.

C'est ainsi que, sans avoir en droit les mêmes effets qu'au criminel, le travail du juge, qui n'a été contrôlé ni vérifié par aucune juridiction analogue à celle de la chambre d'accusation, a, au correctionnel, la même portée.

Aussi n'est-il jamais venu à l'esprit de personne d'assimiler la situation de l'homme qui se présente sous le coup d'une citation directe, à laquelle le ministère public le plus souvent ne se joint même pas, avec celle du prévenu contre lequel il a des conclusions prises, et sur lequel pèse déjà la défaveur de charges trouvées suffisantes pour motiver un renvoi et un mandat d'arrêt.

Les considérations tirées du fonctionnement défectueux de l'ancienne chambre du conseil ne sont pas plus sérieuses : car ce droit de veto qui appartenait au juge instructeur à l'encontre de ses décisions, était un vice de son organisation qui pouvait être corrigé sans qu'il fût nécessaire de porter atteinte à son existence. Quant aux raisons pratiques tirées de l'issue nécessaire de toute instruction, elles ne sont ni plus réfléchies ni plus convaincantes : en cas de non-lieu, il peut y avoir de grands inconvénients à ce que le magistrat instructeur prononce seul de certaines ordonnances de non-lieu; en cas de renvoi, il y a des inconvénients non moindres à ce que le tribunal soit saisi de prime abord d'une affaire où le droit et le fait peuvent se confondre, sans que l'objet de la poursuite, en fait et en droit, ait été préalablement déterminé avec tout le degré de maturité possible.

Les raisons mises en avant en 1856 ne répondent pas, en

Digitized by Google

résumé, on le voit, à l'excellence du but qui en partie avait inspiré la loi. Pour abréger la durée des épreuves imposées au prévenu, elle risque souvent de compromettre le fond même de sa défense.

C'est là ce qu'on ne saurait trop mettre en lumière. La tâche du juge correctionnel était déjà bien lourde, restreinte aux limites qu'avait posées le Code de 1810, alors qu'il était saisi par la chambre du conseil et qu'il ne s'agissait pour lui que de statuer sur une prévention dont les caractères étaient arrêtés avec la certitude qui s'attache à la chose déjà jugée. Mais aujourd'hui que la procédure lui est transmise, avec les imperfections et les lacunes qu'elle peut comporter, par une ordonnance qui n'a pas subi l'épreuve du délibéré, comment ne pas craindre que, livré aux doutes dont le débat public ne le fera pas toujours sortir, le juge ne soit inférieur à ce qu'on attend de lui et qu'il ne sacrifie l'accusé à la poursuite ou la poursuite à l'accusé?

Assurément quand la chambre du conseil existait, le tribunal, une fois saisi, n'était pas astreint à prononcer une condamnation; mais on peut affirmer que lorsqu'il retenait les faits, il était plus assuré qu'aujourd'hui de les frapper justement, et aussi moins exposé à les laisser échapper. Par cela même, si la justice y gagnait en précision, elle y gagnait en autorité et, d'un autre côté, certaines poursuites mal fondées avaient moins de chances d'arriver jusqu'à l'audience.

Ce n'est pas d'ailleurs que nous voulions exagérer les critiques qu'on peut adresser à la législation actuelle. mais il suffit que ces abus puissent être prévus pour qu'on veuille les prévenir. On répond, il est vrai, à ces objections, par la possibilité d'appeler des ordonnances des juges instructeurs. On invoque également le droit qui appartient toujours au procureur général de se pourvoir et de se faire rendre compte de l'état des procédures ; mais ces droits ne constituent qu'une garantie bien incomplète au profit des justiciables. Et d'abord, quels sont en réalité les effets de ce contrôle du procureur général? Il n'est pas à coup sûr dénué de toute utilité. Il est à la fois un stimulant et un frein; il permet aux chefs des parquets de veiller à ce que les procédures ne

Digitized by Google

s'éternisent pas, mais il n'assure ni leur régularité ni leur bien fondé d'une façon absolue.

Quant au droit d'appel, s'il existe dans toute sa plénitude pour le ministère public, et dans une mesure encore assez large pour la partie civile, on sait à quoi le réduit l'article 135 pour le prévenu. Sauf le cas d'incompétence ou d'un déclinatoire, ainsi que le dit l'article 539 du Code d'instruction criminelle, auquel l'article 135 se réfère, le prévenu n'a aucune voie d'appel contre l'ordonnance du juge qui le renvoie devant le tribunal. C'est à l'audience, avec ses autres moyens de défense, qu'il devra faire valoir ses griefs, s'il en a.

La loi de 1856 a introduit, en résumé, cette idée dans notre législation, que le débat public suffit pour purger les erreurs, les lacunes de l'instruction, et que le même jugement peut apprécier la procédure de renvoi en même temps qu'il statue sur l'innocence ou la culpabilité du prévenu.

C'est là une dangereuse erreur, dont le résultat est en réalité de priver, au correctionnel, le prévenu des garanties qu'il rencontre au criminel. La vérité légale cependant, nous ne cesserons de le répéter, doit se former en vertu des mêmes règles, soit devant le jury, soit devant le juge correctionnel. Que ce dernier cumule le droit d'apprécier le fait et d'appliquer la peine, remis à deux pouvoirs séparés dans la juridiction criminelle, il n'y a rien là que de parfaitement conforme aux idées qui ont fondé, dans notre instruction criminelle, la distinction des délits et des crimes ; mais que le juge correctionnel joigne encore à ce double pouvoir le droit d'apprécier la légalité du renvoi dont il est saisi et la valeur de l'instruction; que son devoir soit même d'instruire l'affaire à l'audience, en s'aidant seulement de l'instruction déjà faite, c'est ce qui semble exorbitant, surtout dans les affaires où le renvoi ne lui arrive contesté que par la défense.

Ne le sait-on pas, en effet? Malgré les heureux résultats constatés dans les statistiques depuis 1856, quiconque a vu fonctionner de près la juridiction des juges d'instruction peut dire si elle ne comporterait pas utilement le contrôle de la chambre du conseil. Quiconque a pu observer les rapports qui se sont établis, depuis cette époque, entre les ma-

Digitized by Google

gistrats et le ministère public sait aussi quelle influence ont sur les déterminations les chefs de parquet qui désignent ees magistrats aux choix du garde des sceaux.

Que se passe-t-il aujourd'hui dans la pratique? Il faut l'expliquer à ceux qui ne voient pas les dangers du régime nouveau sous la prévoyance apparente des textes. Dès qu'il a un doute, c'est au parquet que le magistrat instructeur va prendre conseil. C'est là que, dans des conversations presque quotidiennes avec le procureur de la République, il puise ses inspirations. L'âge, ou tout au moins l'expérience acquise, le respect dû aux fonctions, les relations des chefs de parquet avec le procureur général, et de celui-ci avec la chancellerie, donnent, on le conçoit, dans des entretiens de ce genre, un ascendant tout naturel au représentant du ministère public. Il est écouté, presque obéi. Aussi est-il vrai de dire que dans toute poursuite le parquet demeure au moins de moitié dans l'instruction qui se suit. Il ne se borne pas à prendre ses réquisitions quand la procédure lui est communiquée, il la dirige dès le début, la prolonge et l'étend ou la resserre à son gré.

Il n'en était pas ainsi quand la chambre du conseil existait. C'est à elle que le juge d'instruction portait ses doutes, c'est avec elle qu'il conférait. La séparation était complète entre les cabinets d'instruction et le parquet, et l'indépendance du juge, on ne saurait le méconnaître, y gagnait.

Une innovation presque indifférente en apparence a consommé d'une façon plus complète encore l'immixtion des parquets dans le domaine de l'instruction, et leur permet aujourd'hui d'avoir une main dans toutes les procédures à l'issue desquelles ils attachent un intérêt particulier. La loi a permis que l'instruction pût être confiée, dans certains siéges, à de simples suppléants. C'est le ministre, il est vrai, qui désigne ceux des juges suppléants auxquels il croit bon de confier les fonctions de juge d'instruction. Mais comme il ne fait ses choix que sur une présentation à laquelle les chefs de parquet participent, comme aujourd'hui les fonctions de juge d'instruction, tout en étant temporaires en principe, peuvent aussi, et par une étrange contradiction, être, en fait, perpétuées indéfiniment entre les mêmes mains, comme

Digitized by Google

elles sont un titre à l'avancement, surtout pour les magistrats au début de leur carrière, on comprend quels inconvénients et quels dangers engendre, dans un tel état de choses, la suppression de la chambre du conseil. Si l'on ajoute à cet exposé que dans les ressorts importants où l'instruction occupe plusieurs juges, c'est encore aux chefs de parquet qu'il appartient de distribuer à leur gré les procédures à faire, à tel juge de préférence à tel autre, on en arrivera à cette conviction que notre instruction criminelle présente actuellement des lacunes que n'y avait pas laissées le législateur de 1810. Cela n'est pas douteux, et l'on peut dire qu'en accroissant le rôle du juge d'instruction, mais en l'isolant de la chambre du conseil, la loi de 1856 a sérieusement exposé son indépendance.

La liberté de la défense la dignité de la justice sont intéressées, croyons-nous, à ce qu'on revienne à l'ancien état de choses. Nous dirons plus, un intérêt de sécurité sociale commande une réforme dans ce sens. Nul ne niera en effet que lorsque la chambre du conseil existait il ne fût plus difficile qu'aujourd'hui d'éteindre certaines affaires par ces non-lieu que les parquets sollicitent dans un intérêt de bon ordre ou d'opinion souvent mal compris, et que les juges sont toujours enclins à consentir alors qu'ils se sentent seuls pour les refuser. Non pas, à coup sûr, que nous entendions insinuer que les chefs de parquet se laissent aller à d'indignes complaisances; mais dans certaines affaires douteuses, le pouvoir absolu d'un homme nous effraye et nous trouvons bien faibles, au point de vue des intérêts permanents de la justice, les considérations contingentes et transitoires qui inspirent d'ordinaire ces sortes de mesure. Elles semblent en tout cas entachées d'arbitraire, et par cela seul il est inutile d'insister sur leur danger.

Qu'eût-il donc fallu se borner à faire en 1856, et que devrait-on encore proposer aujourd'hui?

Nous n'entendons pas sans contredit conseiller le retour pur et simple au régime de 1810. Il est évident que dans bien des affaires, l'intervention de la chambre du conseil était superflue; mais ne pourrait-on la rétablir pour les cas où son intervention serait démontrée utile sans rendre pour

Digitized by Google

cela son intervention uniforme et forcée? A quoi bon poser une règle absolue? Pourquoi sacrifier à une vaine symétrie en dehors d'un intérêt démontré? Rétablir la juridiction de la chambre du conseil pour les seules affaires où elle serait réclamée, voilà à quoi il faudrait tendre, et sur ce point si l'on veut savoir comment on peut réaliser un pareil projet, c'est sur le terrain des faits qu'on doit descendre. Là on trouvera la mesure du rôle qui devrait être réservé à l'institution et par cela même de la réforme à proposer.

En toute matière un jugement ne devient nécessaire qu'à défaut d'un accord entre les intéressés. L'instruction criminelle ne fait pas exception à cette règle. Tant que le prévenu n'est pas renvoyé devant le tribunal qui doit apprécier sa responsabilité et le punir, pourquoi ne pas le considérer comme une partie ordinaire qui débat ses intérêts contre la partie publique qui le poursuit, et qu'y a-t-il d'anormal, s'il se reconnaît coupable, à faire appel à son consentement pour simplifier la procédure, et à donner pour base à la poursuite un contrat jndiciaire ayant pour objet la renonciation à de certaines formes qui ont surtout pour but de protéger sa défense? Si, en un mot, le prévenu consent à être jugé coupable, selon l'expression de la loi anglaise, et si le ministère public et le juge d'instruction sont d'accord pour admettre cette culpabilité et qualifier les faits sous lesquels il doit être renvoyé devant le tribunal, à quoi bon provoquer un jugement de la chambre du conseil? Et si les droits de la partie civile sont en même temps sauvegardés, si, par une opposition formée à temps, elle peut, comme le ministère public, saisir la chambre du conseil, les garanties ne seront-elles pas complètes? On ne niera pas en effet qu'il n'y ait une quantité d'affaires qui se présentent sous la forme la plus simple, et dans lesquelles l'aveu simplifie encore la tâche du juge. Contraindre la chambre du conseil à en connaître, quand aucune des parties ne le réclame, ni le prévenu, ni la partie civile, ni la partie publique, ce serait vouloir entraver inutilement le fonctionnement de la justice, rendre au jugement des procédures leur ancienne lenteur, et réduire l'intervention de la chambre du conseil à une pure formalité.

Mais si, au contraire, le prévenu nie sa culpabilité, si les

Digitized by Google

témoignages recueillis dans l'instruction sont insuffisants pour l'établir d'une façon absolue, si les faits qui s'en dégagent sont difficiles à rattacher à des qualifications précises, l'utilité de l'institution reparaît pour communiquer à l'action publique une marche régulière, pour obliger l'accusation à rassembler et à fortifier ses moyens, et en même temps pour protéger le prévenu contre des erreurs possibles.

La loi eût du se préoccuper de ces deux côtés du problème et en tenir compte, en posant à la fois comme principe le maintien de la chambre du conseil, mais en limitant en même temps par une large exception sa compétence aux seuls cas où le prévenu et la partie, en présence d'une ordonnance de renvoi rendue sur des conclusions conformes, ne seraient pas d'accord pour aborder de suite le débat public et définitif.

A côté des délits flagrants qui bénéficient d'un mode d'instruction spéciale, on aurait créé la catégorie des délits certains, dont le tribunal eût pu connaître *de plano* après l'ordonnance du juge, si d'une part cette ordonnance avait été conforme aux réquisitions du ministère public, et si d'autre part elle avait été suivie d'un acquiescement que le prévenu ou la partie civile eussent été mis en demeure de fournir dans les vingt-quatre heures. La juridiction de la chambre du conseil aurait été réservée pour les instructions qu'aurait clôturées une ordonnance non conforme au réquisitoire, ou que la partie civile ou le prévenu auraient frappées d'opposition.

Voilà comment on eût concilié la simplification des procédures correctionnelles poursuivie par le législateur de cette époque, en retenant les garanties dont l'instruction de certaines affaires ne peut être privée.

Le législateur eût dû faire plus encore : il eût dû réserver au profit de la chambre du conseil une autre attribution dont l'absence constitue une véritable lacune dans notre législation; il eût dû poser en principe que toute ordonnance de non-lieu serait renvoyée d'office à la chambre du conseil. Il est en effet impossible de ne pas être effrayée du pouvoir considérable remis au magistrat instructeur en ces matières. Lorsque son ordonnance est contraire aux réquisitions du mi-

Digitized by Google

nistère public ou qu'il existe une partie civile jointe à la poursuite, cette ordonnance, aux termes mêmes de l'article 135, peut être attaquée devant la Cour. Mais lorsqu'elle est rendue sur des conclusions conformes ou qu'il n'y a point de partie civile constituée, toute garantie s'évanouit. La souveraine appréciation du juge s'appuyant sur l'avis conforme du ministère public est tellement devenue la règle qu'en beaucoup de parquets l'usage s'est même établi de ne plus motiver les non-lieu. Il en résulte que des décisions qui ont les effets d'un jugement, puisqu'elles statuent sur une action et l'éteignent, au lieu de porter en elles la preuve de leur bien fondé, ont l'apparence d'actes d'arbitraire. Le consentement du ministère public au non-lieu, ou l'abandon préalable par lui de la poursuite, tel est en réalité le motif qui dispense d'en donner d'autres. Rien n'est, à coup sûr, moins conforme aux principes; aussi est-ce à la faveur de ces errements que les parquets, sous le couvert des juges instructeurs, sont devenus les arbitres presque absolus de la plupart des non-lieu. On objecte, il est vrai, que le ministère public étant toujours libre de ne pas donner suite à une plainte, il est naturel qu'il soit maître d'arrêter la poursuite; mais on oublie que ce n'est pas lorsqu'une instruction commence qu'entrent en mouvement les influences auxquelles il faut le soustraire, et que c'est surtout lorsqu'il prend ses réquisitions définitives qu'il faut assurer son indépendance.

Ce qui est difficile pour le magistrat, ce n'est pas de faire son devoir, c'est d'y persévérer. L'honnêteté des hommes a été jusqu'ici la sauvegarde de la justice, mais une loi prévoyante n'en doit pas tenir compte.

Voilà donc un second point à réformer. Le rétablissement de la chambre du conseil fortifierait l'indépendance du juge contre les parquets, et celles des parquets contre les suggestions extérieures. Elle inspirerait même une telle confiance qu'à la faveur de son contrôle on pourrait, ce qui est utile pour les besoins du service, continuer à confier l'instruction à de simples suppléants et laisser la surveillance des cabinets d'instruction aux procureurs généraux, mieux secondés pour cela que les présidents des chambres d'accusation, qui auraient peut-être quelque peine

Digitized by Google

à remplir l'attribution que veut leur conférer le projet de loi.

Ajoutons : Le rétablissement de la chambre du conseil aurait un autre avantage. Il rendrait possible la révision des règles qui régissent le recours contre les ordonnances qui accordent ou refusent la mise en liberté provisoire. La Cour est presque partout trop loin des prévenus pour qu'ils songent, en ces matières, à user du droit d'appel. Il en résulte qu'ils en sont privés. On leur en restituerait l'exercice si l'on transférait à la chambre du conseil le droit de connaître en appel des décisions du juge en matière de mise en liberté sous caution, ou en contraignant le juge d'instruction à prendre son avis avant de statuer.

Mais pour que ces réformes ne demeurent pas des prescriptions vaines, si le principe en était admis, il faudrait réaliser un autre progrès : il faudrait faire un pas vers la publicité des instructions, non pas que nous entendions que les instructions puissent être absolument publiques ou que le prévenu doive être admis à s'y faire assister d'un avocat; les opérations du magistrat instructeur en seraient entravées de la façon la plus fâcheuse ; mais au fur et à mesure de la réception des dépositions, les procès-verbaux ne pourraient-ils pas être communiqués au prévenu ou à son défenseur? Tout au moins avant que l'ordonnance soit rendue, une fois le réquisitoire revenu, le dossier ne pourrait-il pas être mis à leur disposition afin qu'ils puissent présenter des observations contraires, et qu'une fois l'ordonnance rendue, ils soient à même d'opter en pleine connaissance pour l'acquiescement à cette ordonnance ou pour le renvoi à la chambre du conseil? Au surplus n'est-ce point ce qui a lieu en cas de renvoi devant la chambre d'accusation? l'article 217 ne reçoit-il pas de l'interprétation générale une application qui permet au prévenu l'usage d'un droit analogue?

Il peut combattre l'instruction avant que la Cour d'assises ne soit saisie. Nous demandons qu'avant d'être renvoyé devant le tribunal correctionnel les mêmes garanties lui soient assurées.

La loi de 1856 doit donc être remise de nouveau à l'étude, même après le long usage qui en a été fait. Les améliorations

Digitized by Google

législatives s'engendrent lentement; elles ont besoin d'être démontrées par l'expérience lorsqu'elles l'ont été théoriquement. A ce double titre, en ce qui concerne la révision de la loi de 1856, l'œuvre du législateur est certainement mûre.

BIBLIOGRAPHIE.

LE TARIF GÉNÉRAL ET RAISONNÉ DES NOTAIRES.

Par M. Albert Amiaud, président de la chambre des notaires d'Angoulême.

M. Amiaud a publié, en 1875, un ouvrage sur le tarif des actes notariés. Cet ouvrage forme un volume grand in-8° d'environ 1000 pages, non compris les annexes [1].

L'auteur présente d'abord un résumé de l'histoire du tarif depuis l'origine de l'institution jusqu'à nos jours; il discute ensuite les inconvénients du règlement amiable et les conséquences de l'interprétation donnée par la jurisprudence à l'article 173 du tarif de 1807; il en tire cette conséquence que la taxe étant déclarée d'*ordre public* par les tribunaux, nonobstant le règlement amiable, le notariat se trouve placé dans une dépendance absolue vis-à-vis du public et de la magistrature, et que cette situation rend nécessaire l'établissement d'un tarif légal.

Puis, réfutant les objections opposées à l'établissement d'un tarif général, il arrive à cette conclusion que le tarif est possible, qu'il est désirable; et, comme preuve de la possibilité d'un tarif, il en a rédigé un projet complet qui s'applique uniformément à tous les notaires, sans distinction de classe.

Après avoir examiné avec le plus grand soin l'ouvrage de M. Amiaud, nous devons constater qu'il est écrit avec méthode et élégance et qu'il est le résultat de longues et laborieuses recherches. Nous croyons, et c'est selon nous un rare

[1] Marechal, Billard et C°, place Dauphine.

Digitized by Google

mérite, qu'il peut être lu avec intérêt, même par les personnes étrangères au langage du droit et qui n'ont fait aucune étude sur cette matière spéciale.

Quoi qu'il en soit, nous ne saurions admettre les conclusions de M. Amiaud, et nous allons essayer, en analysant son ouvrage, de démontrer aussi brièvement que possible qu'il faut en tirer des conclusions différentes.

Sans aucun doute, la jurisprudence qui élève la taxe des actes notariés au rang d'un principe d'*ordre public*, malgré le règlement amiable, même lorsqu'il est prouvé par des documents incontestables, a placé le notariat dans une situation fâcheuse; en effet, pendant trente ans, d'après cette jurisprudence, les clients auraient le droit de réclamer la taxe contre le notaire ou contre ses héritiers, alors qu'il ne sera plus possible de produire les correspondances et les pièces qui avaient servi de base à la fixation du chiffre des honoraires réclamés par le notaire et librement alloués par le client.

Cette situation est donc digne de toute la sollicitude du législateur. Deux moyens se présentent pour la solution de la difficulté : un tarif absolu et obligatoire, ainsi que le propose M. Amiaud, ou le rétablissement du règlement amiable édicté par l'article 51 de la loi du 25 ventôse an XI.

Examinons d'abord le projet de tarif, et nous verrons si le résultat de cet examen est concluant et décisif :

Après avoir rédigé une nomenclature très-étendue, non-seulement des actes du ministère des notaires, mais encore de formalités et de travaux que les notaires accomplissent dans l'intérêt de leurs clients, l'auteur reconnaît qu'il peut se présenter des circonstances non prévues, et il rétablit, pour ces cas spéciaux (art. 3 des dispositions générales du tarif), le règlement amiable, conformément à l'article 51 de la loi de ventôse. Il est ainsi amené à rendre hommage au principe si vrai, si justement tutélaire du règlement amiable dont le tarif serait la négation absolue.

Il nous semble indispensable d'entrer dans quelques détails, et de présenter un résumé de la tâche considérable que s'est imposée M. Amiaud; sans ces détails, notre appréciation serait incomplète.

Digitized by Google

Nous transcrivons un petit nombre d'articles du projet de tarif et, à titre de commentaire, nous les ferons suivre d'observations succinctes :

Vacations. — « Le taux de la vacation est fixé, indistincte-
« ment pour tous les notaires, à 8 francs. »

Grosses et expéditions. — « 2 fr. 50 par rôle de 25 lignes à
« la page et de 15 syllabes à la ligne. »

Ces droits de vacations et de rôles consacrent une augmentation pour les notaires de 2e et 3e classes, et une diminution pour les notaires de 1re classe et ceux des villes de plus de 30,000 habitants.

Correspondance. — « Pour chaque lettre d'avis, de convo-
« cation, d'accusé de réception et autre lettre simple, affran-
« chissement non compris, 15 centimes.

« Pour toute lettre ayant trait à l'examen ou à la discus-
« sion d'une affaire, 25 centimes. »

Cet article est d'une application fort difficile et rentre dans la catégorie de ces détails infimes qui sont la négation de la dignité des fonctions notariales. N'est-ce pas placer le notaire au rang d'un simple scribe que de lui allouer 15 centimes ou 25 centimes pour une lettre?

D'ailleurs, comment distinguer une lettre simple d'une lettre contenant l'examen ou la discussion d'une affaire? Il faudra donc conserver une copie des lettres comme pièce justificative, et alors la rétribution se réduit soit à 7 centimes et demi, soit à 12 centimes et demi pour l'original et autant pour la copie, ce qui donnerait une moyenne de 10 centimes.

On voit qu'à ce prix les notaires auraient intérêt à ne pas écrire de lettres.

Enfin, l'examen ou la discussion d'une affaire, qu'ils aient lieu de vive voix ou par correspondance, sont de véritables *consultations;* voyons ce que porte le projet de tarif à cet égard.

Consultation. — « Si la consultation précède un acte reçu
« par le notaire qui est appelé à donner la consultation, pas
« d'honoraires.

« En tous autres cas, honoraires facultatifs abandonnés à

Digitized by Google

« la générosité du client et à la conscience du notaire, qui « ne pourra jamais les réclamer judiciairement. »

Il nous paraît résulter de ce texte que si le notaire n'a pas le droit de réclamer judiciairement, le consultant pourra, au contraire, réclamer par voie de taxe ce qu'il aura payé en sus des droits de 15 centimes ou de 25 centimes dus pour correspondance, parce que, dans aucun cas, il ne serait équitable que le prix d'une consultation verbale fût plus élevé que celui d'une consultation par lettre.

Voyages. — Nous ne transcrivons pas l'article, très-long d'ailleurs, concernant les frais des voyages, dont le chiffre varie selon qu'ils ont lieu le jour ou la nuit, par voiture, bateau à vapeur ou chemin de fer.

Notons seulement qu'en chemin de fer ou en bateau à vapeur, le notaire n'a droit qu'à une place de 2e classe, ce qui s'applique même à la saison la plus rigoureuse.

Payement de contributions. — « Après adjudication de « fruits et récoltes, droit fixe : 3 francs. »

En l'absence de toute distinction dans le tarif projeté, ce droit serait le même, soit que la résidence du notaire fût la même que celle du percepteur, soit qu'elles fussent très-éloignées l'une de l'autre. Dans ce dernier cas faudrait-il ajouter des frais de voyage, etc.?

Nous devrions peut-être examiner encore ce que porte le projet de tarif, v° *Honoraires exceptionnels*, et v° *Transaction;* mais les passages que nous avons cités suffisent, selon nous, pour démontrer qu'un tarif, quelque minutieux qu'il soit, laissera toujours une large place aux appréciations des magistrats, des notaires et des clients, et que, plus on étendra la nomenclature du tarif, plus on agrandira le cercle des difficultés. Aussi nous pensons que le tarif proposé ne saurait donner satisfaction ni au notariat ni au public. Nous avons vu qu'il porte un préjudice à un certain nombre de notaires en réduisant l'émolument des vacations et des rôles; d'un autre côté, pour le plus grand nombre il réalise une augmentation peut-être exagérée puisque le tarif des vacations serait porté au double du taux actuel pour les notaires de troisième classe; que dira le public?

Digitized by Google

Loin de nous la pensée de nier que l'accroissement incessant des dépenses de toute nature et le renchérissement des denrées semblent comporter, comme corollaire, une augmentation dans le chiffre des honoraires. Mais est-il juste de compenser un bénéfice pour les uns par une perte pour les autres? D'ailleurs, le taux des honoraires proportionnels ne saurait être uniforme dans toute la France, parce que le renchérissement général de même que le prix des loyers et des denrées sont essentiellement variables, suivant les contrées. Les usages séculaires du notariat, en matière d'émolumentation, ont toujours tenu compte de ces variations, et l'on en trouve la preuve dans les tarifs ou plutôt dans les usages écrits des compagnies; si un tarif était possible, il devrait être fait par zones, de manière à ne pas froisser les droits acquis.

Du reste, bien que l'immense majorité des notaires repousse le tarif absolu et obligatoire par ce double motif qu'un tarif général et équitable pour tous est impossible, et qu'en tous cas il froisse la dignité et l'indépendance de ses membres et place au même niveau toutes les capacités, il faut reconnaître que le notariat se trouve divisé sur la question du tarif par zones, surtout depuis l'arrêt de la Cour de cassation de 1841, qui a déclaré la taxe d'ordre public.

Le moyen de détruire cette division d'opinions, de rétablir l'harmonie et l'unité dans la corporation, n'est pas de décréter un tarif qui, avantageux pour les uns, sera préjudiciable aux autres, mais de proclamer le principe du règlement amiable, sauf taxe lorsqu'il y aura dissentiment, et avec une prescription, dans un bref délai, de toute demande en taxe d'honoraires librement consentis et acquittés. On aura, de cette manière, restitué au notariat son rang élevé de magistrature de la juridiction volontaire.

On a dit souvent qu'un tarif général est possible, parce que toutes les compagnies de notaires ont un tarif; nous croyons que l'on ne se rend pas un compte exact de la différence qui existe soit entre des tarifs particuliers et un tarif général, soit entre un tarif légal et des tarifs qui n'ont pas de caractère obligatoire. Ces tarifs particuliers faits par les compagnies ne sont, en réalité, que l'indication écrite des

Digitized by Google

usages, en matière d'émolumentation, pour les cas les plus ordinaires, et sauf augmentation ou diminution selon les circonstances spéciales.

En effet, l'honoraire ne saurait être le même lorsque le notaire rédige un acte très-simple, sur les termes duquel les parties sont d'accord à l'avance, ou lorsqu'il est appelé à prendre part à de nombreuses conférences, à aplanir les difficultés qui surgissent et à rédiger ensuite un acte qui constituera un véritable traité de paix. Le règlement amiable permet seul au notaire et aux clients d'arbitrer une rémunération convenable, eu égard aux services rendus, à la science, à l'honorabilité et à la capacité du négociateur et du rédacteur des conventions.

Sur ce point on pourrait objecter que, d'après le projet de M. Amiaud, les consultations données par les notaires sont l'objet d'une rémunération spéciale (voir v° *Consultation*); mais nous devons avouer que le projet ne nous donne aucune solution puisque le prix de ses consultations est laissé *à la générosité du client et à la conscience du notaire, sans que*, dans aucun cas, *ce dernier puisse exercer d'action judiciaire en payement*. N'est-ce pas un aveu formel d'impuissance? Afin d'éviter toute contestation sur le chiffre de la rémunération, on refuse le *droit* à la rémunération elle-même. Si le client est pauvre, le notaire donnera volontiers une consultation gratuite, et en cela il ne changera rien à ses habitudes; si le client est riche, le notaire devra se contenter de porter à son actif un acte d'ingratitude.

D'ailleurs, un tarif ne peut avoir nécessairement d'autre objectif que la qualification des actes, tels que : vente, obligation, mainlevée, procuration, etc.; or, combien d'actes sont en réalité des transactions et empruntent la forme la plus simple, la plus usuelle, afin de détruire même la trace des difficultés qui ont existé entre les parties. Les notaires seront-ils forcés d'avoir toujours les yeux fixés sur le tarif, afin de combiner la forme extrinsèque des actes de manière à obtenir légalement l'honoraire le plus en rapport avec l'importance de leur travail? — Pourront-ils oublier qu'une mainlevée ou une procuration, pour lesquelles un honoraire modique est stéréotypé d'avance dans le tarif, devront prendre la forme

Digitized by Google

d'une transaction, afin d'y appliquer un honoraire plus élevé auquel ils ont droit?

D'après les dispositions du *Tarif général* de M. Amiaud, « ce tarif lie uniformément tous les notaires » (art. 1er) et de plus « il est interdit aux notaires, sous peine de restitu- « tion toujours, et de poursuites disciplinaires, selon la « gravité des cas, d'exiger des droits et honoraires plus éle- « vés que ceux qui y sont portés » (art. 2). Or, de telles dispositions sont de l'essence même de tout tarif obligatoire; dès lors dans quelle situation place-t-on le notariat?

Le notaire ne sera plus le conseil désintéressé des familles, l'ami, le confident intime de leurs pensées les plus secrètes, le conciliateur et l'arbitre de leurs différends, que l'on s'est habitué à consulter en toute circonstance et auquel on est heureux de pouvoir prouver sa reconnaissance pour tant de soins et de dévouement; cette reconnaissance même ne sera plus permise, puisqu'elle placerait le notaire assez imprudent pour accepter une rémunération offerte spontanément, en état de violation flagrante de la loi, et l'exposerait à des poursuites disciplinaires.

Nous n'ignorons pas quelles difficultés présentait la tâche entreprise par M. Amiaud, et nous disons volontiers qu'il l'a accomplie avec un rare mérite. Mais, à notre avis, la question du tarif n'est pas résolue, ou plutôt le tarif proposé par M. Amiaud est la meilleure preuve qu'un tarif général est impossible, parce que si certains actes, au moins dans leur forme extérieure, sont susceptibles d'être tarifés, il en est un grand nombre auxquels un tarif absolu n'est pas applicable.

L'auteur n'a pu se dispenser de le reconnaître lui-même. Lorsqu'il arrive, dans le tarif, aux mots : *Transactions* et *Honoraires exceptionnels*, il dit que « l'honoraire proportionnel « sera perçu, s'il est applicable, ou qu'il y aura lieu au « règlement amiable, au choix du notaire, conformément à « l'article 51 de la loi de ventôse. »

Le règlement amiable demeure toujours, quoi qu'on puisse dire, le mode véritablement équitable de l'émolumentation. Il est incontestable, nous le répétons, que l'arrêt de 1841 est la cause de la divergence d'opinion et de la scission qui

Digitized by Google

s'est produite dans le notariat, parce que la restitution, même partielle, d'un honoraire librement consenti et payé, est un fait blessant pour la dignité du fonctionnaire, sans cesser d'être moralement un acte peu louable et parfois une spéculation malsaine de la part de celui qui l'a obtenue.

Ajoutons que dans les contrées où le notariat est, d'après les usages, rémunéré d'une manière insuffisante, les notaires, convaincus que le tarif quel qu'il soit constituera néanmoins une amélioration, peuvent être partisans du système de M. Amiaud; au contraire, dans les contrées riches, le notariat en serait forcément victime et il le repoussera. M. Amiaud n'a pas eu, évidemment, la pensée de nuire à une partie de ses confrères en réduisant des émoluments qu'ils ont toujours perçus et qui ont servi de base à la fixation du prix de leurs offices; telle serait cependant la conséquence du tarif général.

Quoi qu'il en soit, M. Amiaud a fait une œuvre considérable, dans laquelle les hommes désireux d'étudier les questions qui se rattachent au tarif trouveront des documents importants. Cette étude, qui exige une connaissance approfondie de l'institution du notariat et du rôle qu'il remplit dans les familles, aura pour résultat, c'est notre conviction, de faire repousser le tarif, qui présente de si nombreuses difficultés dans son application, et de démontrer la nécessité de revenir aux principes édictés par la loi du 25 ventôse an XI, qui est la véritable charte du notariat. En ce sens, du moins, M. Amiaud aura rendu un immense service à une corporation dont il est l'un des membres les plus distingués. Si la solution n'est pas celle qu'il a soutenue, nous croyons qu'il accepterait volontiers une autre solution qui respecterait les intérêts dont il a pris la défense.

En terminant il nous sera permis de faire remarquer que nous n'avons pu analyser toutes les objections; M. Amiaud a écrit un volume, et nous devions nous borner à quelques pages.

Digitized by Google

MANUEL DE DROIT COMMERCIAL FRANÇAIS ET ÉTRANGER.

DROIT MARITIME.

Par MM. E. G. Hœchster et Sacré [1].

Compte rendu par M. Ch. Lyon-Caen, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

MM. Hœchster et Sacré ont, en 1874, publié un volume in-8° ayant pour titre : *Manuel de droit commercial français et étranger*. Dans ce premier volume les auteurs s'étaient bornés au droit commercial terrestre. Ils ont, en 1875, complété leur travail par la publication de deux volumes in-8° consacrés exclusivement à la comparaison entre les législations maritimes des différentes nations.

Le droit maritime est une des parties les plus importantes du droit commercial ; c'est surtout pour lui que la connaissance des législations étrangères a un intérêt capital. Aussi devons-nous une reconnaissance toute spéciale aux laborieux auteurs pour la dernière portion de leur œuvre.

Le plan des auteurs est le même que celui qu'ils ont adopté dans le volume consacré au droit commercial terrestre. Ils exposent d'abord les principes généraux du droit français et indiquent ensuite pour chaque pays les règles en vigueur sur la matière. Ce système est assurément assez satisfaisant ; seulement avec lui les auteurs nous donnent en réalité moins un manuel de droit commercial comparé que des tableaux des différentes législations permettant de les comparer entre elles. Ces tableaux sont en général faits avec soin ; il a fallu aux auteurs se livrer à un travail très-sérieux, à des recherches très-nombreuses pour les dresser. Malheureusement il s'y est glissé quelques erreurs. Nous nous bornerons à signaler ici deux d'entre elles. MM. Hœchster et Sacré semblent ignorer l'existence du Code de commerce maritime ottoman de 1864 ; quand il s'agit du droit maritime de la Turquie, ils ne le citent jamais, ce Code, et prétendent que la législation turque est silencieuse sur beaucoup

[1] Deux volumes in-8°.

Digitized by Google

de points sur lesquels s'est formellement prononcé le Code dont il s'agit[1].

MM. Hœchster et Sacré commettent une erreur relativement aux conditions de la nationalité des navires en Belgique. Ils disent (page 14) que ces conditions sont réglées par la loi des Pays-Bas du 15 mars 1819, qui serait restée en vigueur sauf les modifications apportées par la loi du 19 juin 1856 et par l'arrêté royal du 26 mars 1862. Ils paraissent ainsi ignorer la loi belge du 20 janvier 1873 sur les lettres de mer qui a fixé à nouveau les conditions exigées pour qu'un navire soit considéré comme belge.

Sans doute l'ouvrage de MM. Hœchster et Sacré renferme encore quelques erreurs ou inexactitudes que nous ne pouvons signaler ici. Il n'en est pas moins de nature à rendre de sérieux services à ceux qui le consulteront avec circonspection. Puisse-t-il contribuer à répandre en France les notions de droit maritime, cette partie si importante de la législation commerciale, généralement si peu étudiée et qui mérite cependant tant de l'être ! CH. LYON-CAEN.

[1] MM. Hœchster et Sacré vont jusqu'à dire qu'en Turquie il n'y a pas de législation commerciale ! (Voyez t. Ier, p. 16.)

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

3440. Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière et Ce, 26, rue Racine.

Digitized by Google

DE LA QUALITÉ JURIDIQUE

A PROPOS DE LA MAXIME

Nul ne plaide par procureur.

Par M. Félix BERRIAT-SAINT-PRIX, docteur en droit.

1. Je ne viens point refaire l'excellent travail récemment inséré dans la *Revue*[1]. J'aurais trop peu de chose à y ajouter. Je traite la question à un point de vue différent : je me place sur le terrain de la logique et non sur celui de l'érudition; j'essaye de démontrer et non de deviner.

Suffit-il qu'une proposition soit qualifiée de *maxime* pour qu'elle ait force de loi ? Suffit-il qu'elle ait acquis une sorte de popularité ? Non sans doute : il faut encore qu'elle soit confirmée par une démonstration rationnelle. Si le raisonnement, appuyé sur les faits, la repousse, devra-t-on se torturer l'esprit pour lui donner une portée contraire au sens naturel des termes ? Mieux vaut, je crois, la laisser tomber dans l'oubli, et propager la vérité pure et simple, la *vérité vraie*, selon un mot spirituel; on en sera quitte pour renouveler la démonstration toutes les fois que la difficulté se présentera devant les juges... jusqu'à ce qu'il plaise au législateur de consacrer le principe.

Tel est le parti qu'on doit prendre en ce qui touche la vieille maxime, aujourd'hui l'*énigme :* Nul ne plaide par procureur.

2. Cette proposition a-t-elle été vraie ?

Oui, chez les Romains[2], avant l'époque classique : *Olim*, disent les Institutes de Justinien (IV, 10), *in usu* [*erat*] *alterius nomine agere non posse*[3], *nisi pro populo*... C'était au temps des *legis actiones*[4].

[1] Dissertation de M. Naquet, t. IV, p. 638, année 1875.

[2] Et chez les Athéniens, d'après un passage de Quintilien (II, 16), cité par Vinnius, dans ses *Notes*.

[3] La maxime est ici retournée : Nul ne plaide pour autrui, même comme procureur. Mais le texte finit par permettre de plaider *par* procureurs, PER PROCURATORES LITIGARE.— *Sin per procuratorem lis infertur vel suscipitur*... Instit., § 3, *De satisd.*

[4] Gaïus, Instit. IV, § 2; comp. Ulpien, 123, *De regulis juris.*

Digitized by Google

Oui encore, chez les Français du *nord* : « JADIS, nous ap-
« prend Loysel (III, ij, 4), nul de pays *coustumier* n'était receu
« à faire demande par procureur en la Cour du roy sans ses
« lettres de grace, si ce n'estoit pour prélat, communauté
« d'églises ou de villes... (*ib.*, 5) ou bien à se deffendre. Ce qui
« n'avoit lieu en pays de droit escrit, ny en cour de chres-
« tienté, et ce, tant en matière ciuile que criminelle. » —
« *Apud Francos* OLIM *receptum*, dit à son tour Dargentré (III, 3),
« *in patria consuetudinaria, ne, nisi redempta venia, agentibus*
« *quidem procuratoribus uti liceret; hoc est nemo, nisi ex re-*
« *scripto per procuratorem ageret.* »

3. On se rend compte *à priori* de ce fait juridique.

Les peuples arriérés aiment les termes sacramentels, les cérémonies minutieuses, les procédures strictes, solennelles. Une loi crée l'action *de* ARBORIBUS *succisis;* les propriétaires de vignobles ne pourront, sans perdre leur procès, agir *de* VITIBUS *succisis*[1]. Sous un pareil régime, aucun détail de la pantomime légale n'admet d'équivalent; les rôles sont immuables; le personnage qui doit figurer dans la cérémonie ne saurait être remplacé. Quelque juriconsulte entrevoit-il la théorie de la qualité juridique? il subtilise avec une rigueur inflexible.

4. Mais aussi que d'embarras, que d'entraves pour les malades, les infirmes, les plaideurs en voyage!... Ils ne peuvent faire valoir leurs droits; ils ne peuvent ni poursuivre leurs débiteurs, ni se défendre contre les poursuites de créanciers prétendus. L'expérience révèle bientôt la nécessité des mandataires *ad litem. Morbus et ætas et necessaria peregrinatio, itemque aliæ multæ causæ sæpe hominibus impedimento sunt quo minus rem suam ipsi exsequi possint.* Résultat : on se met à plaider par procureur : *cœperunt homines* PER PROCURATORES LITIGARE (Instit., *sup.*).

5. L'influence romaine préserva le midi de la France de la fameuse maxime, qui dut bientôt tomber en discrédit dans le nord, par la contagion de l'exemple, appuyé sur le bon sens. A quelle époque les procureurs fonctionnèrent-ils dans la France coutumière, sans lettres de grâce? Il est difficile de

[1] Gaius, IV, 11. *Legis actiones... immutabiles atque leges observabantur.*

Digitized by Google

le préciser[1]; mais ce fut longtemps avant Loysel et Dargentré : leur langage : « jadis... *olim*... » le prouve.

Et pourtant la maxime est présentée, sans discussion, comme obligatoire (même pour la France du midi ! comp. Loysel), par un grand nombre d'auteurs modernes : Serres, dans le XVIIIe siècle; Merlin, dans le XIXe... Elle est invoquée par des arrêts de *cassation*, par des arrêts de Cours d'appel[2]. Tant est grande la force de la tradition, quand elle s'appuie sur une formule énergique et concise ! tant est opiniâtre la résistance de la routine au progrès de la science véritable ! — Il est vrai que les juges et les auteurs qui acceptent la maxime se démentent presque aussitôt. Ils travaillent péniblement tout d'abord à en déterminer la signification, à en restreindre la portée; ils se demandent si elle est d'ordre public, si elle est admissible en droit maritime... labeur d'interprète fort raisonnable quand le sens de la règle qu'on veut développer est certain; fort hasardé quand le sens est obscur. La logique déduit des corollaires d'un théorème nettement énoncé; en déduit-elle d'une énigme ou, ce qui est pire, d'un théorème dont les termes sont retournés[3]?

6. Écartons un proverbe, un brocard énigmatique, et raisonnons.

De quoi s'agit-il au fond? De savoir : 1° si la personne qui a *qualité* pour plaider peut se faire représenter en justice (ou faire soutenir le procès) par un mandataire; 2° si la personne qui n'a pas qualité peut plaider, avec ou sans mandat, pour le compte d'autrui. — Questions subsidiaires : Le plaideur *alieno nomine* doit-il prouver son mandat ou tout au moins faire connaître l'intéressé véritable? Le juge ne peut-il exiger la comparution en personne?

Pour résoudre ces questions avec quelque certitude, il

[1] Mon savant collaborateur (*Revue*, IV, p. 645) cite un édit de François Ier (1518?). D'après un passage de L'Hôpital (Boncenne, I, p. 559), les lettres de grâce ne duraient qu'un an; il fallait les renouveler à grands frais; François Ier (1528?) les *confirma* jusqu'à révocation.

[2] Voyez les décisions énumérées par M. Naquet, notamment celles de la p. 664; — les passages de Ferrières, Janety, Lebret, qu'il rapporte, p. 648. Merlin cite Dutillet.

[3] Quelle étrange *majeure* qu'une proposition inintelligible ! *Manuel de logique juridique*, par Félix Berriat-Saint-Prix, 2e édit., n° 230, note.

Digitized by Google

importe de rechercher avant tout quelle personne a qualité, soit pour intenter une action, soit pour la repousser; en d'autres termes, jusqu'à quel point les règles du mandat et de la gestion d'affaires s'appliquent à l'exercice des actions et au fait d'y défendre[1].

7. La théorie de la *qualité juridique* est abstraite; le terme fondamental a peu d'équivalents; la distinction subtile qui sépare la *capacité* de la qualité se perd aisément de vue dans l'analyse des relations initiales des parties, par exemple quand on parle de la *stipulation* et de la *promesse*.

Qui a qualité pour promettre? Celui-là seul qui veut devenir débiteur. Qui a qualité pour stipuler? Le futur créancier. Est-ce là ce qu'ont voulu dire, sans peut être s'en rendre parfaitement compte, les rédacteurs de l'article 1119 et de l'article 1165? Je le présume. Les commentateurs, excepté, si j'ose le dire, le signataire de ces lignes[2], semblent ne l'avoir pas compris. Les uns (Delvincourt, Toullier, Marcadé...) croient que les articles 1119 à 1122 traitent de la *chose due!* et pourtant c'est du *sujet*, non de l'*objet*, qu'il est question. Des romanistes (Ortolan...), trouvant le siége de la matière au titre *De verborum obligationibus*, voient dans l'article 1119 un malheureux contre-sens, comme si un contrat *non verbal*, consenti par un tiers, avait la vertu d'imposer à un absent la qualité de créancier ou de débiteur[3]. Les hommes d'affaires, bien entendu, n'ont point découvert l'intérêt pratique de propositions aussi abstraites. Pothier lui-même ne s'aperçoit pas que la stipulation et la promesse doivent être pesées dans la même balance; il traite la question sous une rubrique qui mentionne l'objet (n° 53, bien que l'objet soit traité beaucoup plus loin, n° 129); il démontre la nullité de la promesse pour autrui par le défaut de consentement (n° 56); quant à la stipulation pour un tiers, il en déduit la nullité

[1] Je voudrais pouvoir dire comme Alceste : « à la plaiderie » (Molière, *Misanthrope*, I, scène I, v. 197).

[2] V. mes *Notes sur le Code civil*, n° 4106 et suiv., surtout 4109. Dans ma 2e édition, *écrite* depuis longtemps (*pauperior opera supplet*, Ulpien, 5, *Pro socio*), j'ai multiplié les preuves.

[3] Scævola, 73, § 4, *De regulis juris*. Le pacte par lequel on convient qu'un tiers payera (Ulp., Pompon., 5, § 4, *De pecunia constituta*), ou qu'on payera pour un tiers (§ 5, *ib.*), fût-ce un mandant (§ 6), n'est pas un *constitut* valable.

Digitized by Google

du défaut d'intérêt (n° 54), démonstration contradictoire avec la précédente. — Les rédacteurs du chapitre II des *Successions* ont employé le mot « qualités » pour désigner la capacité et la non-indignité !

On distingue plus aisément la qualité de la capacité dans les actes qui supposent un événement antérieur, tels que le payement, la constitution d'hypothèque... Néanmoins, la plupart des commentateurs, à l'instar de Pothier, réunissent la qualité et la capacité sous les questions : qui *peut* payer, qui *peut* hypothéquer...

8. La confusion ne s'est pas produite en *procédure*, parce que la force des choses pousse les officiers ministériels à préciser la qualité des plaideurs, même capables. Les articles 800 et 2173 supposent qu'un défendeur peut être condamné « en qualité d'*héritier*[1] », ou « de tiers détenteur ». Les auteurs du Code de procédure se sont occupés des qualités à propos de la rédaction des jugements (art. 142, 144) ; ils les mêlent, dans l'article 142, avec les « points de fait et de droit[2] », abréviation commode pour la pratique. Dans l'article 1042, ils délèguent au pouvoir exécutif (ou plutôt au pouvoir législatif secondaire), sous la réserve d'une révision[3] du pouvoir législatif supérieur, le soin de réglementer la *police* des tribunaux ; c'est un décret du 30 mars 1808 (art. 22, 69-3°, 70) qui prescrit de POSER *les qualités* à l'audience. Du reste, le Code (art. 61 et 141) n'a vu dans les qualités que les *noms*, *profession* et *demeure !*

9. Cherchons une définition plus exacte.

La qualité juridique est, si je ne me trompe, la dénomination, la désignation *inhérente à un droit*. Avoir qualité, c'est avoir le droit *corrélatif*, ou réciproquement.

La capacité juridique est l'ensemble des conditions voulues par la loi ou par la science, pour l'*exercice* d'un droit. Ainsi la doctrine démontre que l'accomplissement des actes vo-

[1] Par opposition à la « qualité d'*habile* à succéder » (art. 779).

[2] « *Tout* ce qui précède le *vu* et le dispositif », disait Guyot, non rectifié par Merlin (*Rép.*), et suivi par les dictionnaires contemporains : Féraud, Gattel... L'Académie et M. Littré *ajoutent* une définition préférable, mais où la capacité paraît confondue avec la qualité.

[3] Depuis soixante-dix ans (!), on attend la révision promise par l'article 1042.

Digitized by Google

lontaires implique la faculté de vouloir et, par suite, celle de comprendre, la jouissance de la raison. (V. art. 901.)

10. Si ces définitions sont justes, la qualité, non la capacité, est inhérente au droit ou au devoir. Appliquons cette idée à l'action, *jus persequendi*, et à l'exception ou défense (le mot propre manque en français et en latin). Celui qui a le droit de créance, le *créancier*, a droit d'exiger le payement; celui qui a le droit de propriété, le *propriétaire*, a droit d'exiger le délaissement de sa chose indûment détenue; donc tous deux ont qualité [1], fussent-ils incapables, pour soumettre la question au juge, *rem in judicium deducere*, et requérir condamnation. En sens inverse, le débiteur, le détenteur prétendus, ont seuls qualité pour accepter le débat, *judicium accipere*, et requérir absolution.

11. Pour démontrer cette double thèse, il convient d'analyser les effets de la demande et de la *défense*. Consultons nos guides habituels, les Romains.

Un passage des Institutes de Gaïus (III, 180, 181), le plus précieux pour la théorie du droit, détermine nettement les modifications successives qui affectent la condition des parties dans une instance. Avant la poursuite contradictoirement engagée, il n'existe que le droit (ou devoir) primitif, tel qu'il résulte du fait générateur litigieux. Après l'instance introduite, chaque plaideur a cumulativement [2] le droit d'exiger une sentence et le *devoir* de s'y soumettre. Après le jugement, le gagnant a le droit de contraindre à l'exécution; le perdant est grevé d'une obligation corrélative : *apud veteres scriptum est, ante litem contestatam* [3] DARE *oportere; post litem*

[1] Jusqu'au jugement, on ne sait qui aura gain de cause. Donc il suffit que quelqu'un se *prétende* créancier *lui-même* pour avoir qualité; c'est également sa prétention qui détermine la qualité de son adversaire. On se trompe parfois sur les qualités, surtout au début. V. nos 31 à 34.

[2] Je généralise la décision de Gaïus, qui raisonne, comme on le fait d'ordinaire, dans l'hypothèse où la demande est *bien* fondée. V. la note précédente.

[3] Le Code ne parle ni de la *litis contestatio* des Romains, ni de la « contestation en cause » de l'ord. de 1667. Mais il y a toujours *contrat judiciaire*. Il est vrai que le défendeur plaide par force ; mais il a une foule de moyens : *le défaut de qualité*, l'incompétence, etc., etc., auxquels il peut renoncer successivement ou dès le début.

Digitized by Google

contestatam, CONDEMNARI *oportere; post condemnationem*, JUDICATUM FACERE *oportere*.

12. Y a-t-il *novation* dans ces deux cas, oubliés par nos Codes? Non, répondent Boitard, Demangeat, Demolombe... Gaïus n'écrit pas le mot « novation »; il dit (avec une brièveté trop énergique) : TOLLITUR *obligatio litis contestatione;* mais il ajoute : INCIPIT *teneri reus litis contestatione*. Paul (fragm. 29, *De novationibus*) oppose le *judicium acceptum* à la *novatio* VOLUNTARIA[1]. Justinien (constit. 3, Cod., *De usuris rei jud.*) dit expressément que l'obligation est novée par la chose jugée : NOVATUR *judicati actione prior contractus*. Ces textes ont sans doute échappé aux nombreux adversaires de la novation.

En théorie, la difficulté se résout par une distinction fort simple : la novation n'est pas un phénomène juridique inflexible, invariable, sans nuances possibles. La novation parfaite, radicale, anéantit tous les droits préexistants; mais le Code civil reconnaît (art. 1275 *in fine;* 1278, 1280 *in fine*), à l'instar de Paul, une novation imparfaite, moins rigoureuse, qui réserve au créancier tous ses droits; réserve présumable dans l'exercice d'une action, lequel suppose chez le demandeur le désir de sauvegarder ses intérêts à l'aide de la protection du juge[2].

13. Qu'importe, au surplus? La modification indiquée par Gaïus me paraît incontestable. Les parties sont toutes deux investies du droit de requérir jugement, toutes deux grevées de l'obligation de subir la sentence. Le juge, objectera-t-on, a simplement mission de *déclarer* le droit des parties; je réponds que sa décision détermine leur condition définitive; et cela est bien évident quand il y a *erreur* judiciaire : il est alors vrai de dire avec Ulpien (et Marcellus, 3, *De agnoscendis lib.*) : *judicem* JUS FACERE.

On contracte au fond en plaidant (*judicio* CONTRAHI, Ulp. et Marcellus, 3, *De peculio*). Le demandeur dispose de son

[1] Ulpien (11, § I, *De novat.*) y voit une délégation : *fit delegatio per... litis contestationem.*

[2] *Nemo in persequendo* (plus exactement *in litigando*) *deteriorem causam, sed meliorem facit* (Paul, 86, 87, *De regulis juris*). La novation judiciaire confirme, développe le droit du plaideur bien fondé; elle précipite, au contraire, l'accomplissement du devoir ou la sanction de sa violation pour le plaideur téméraire.

Digitized by Google

droit quand il le soumet au juge; le défendeur voit, du même coup, le sien compromis. Donc le fait de plaider implique aliénation aussi bien qu'engagement.

Donc, celui-là seul qui a le droit principal *a qualité* pour agir; celui-là seul que l'on prétend grevé d'un devoir a qualité pour défendre.

14. La définition (art. 1984), disons mieux le titre entier du *Mandat*, prouve qu'une personne peut donner « à une autre le pouvoir de faire *quelque chose* (fût-ce un procès) pour le mandant et en son nom ». Donc, en France, ou plutôt chez les peuples civilisés, « tout le monde plaide par procureur[1] », en dépit du vieux brocard. Inutile d'en répéter les motifs, n° 4.

La loi s'en explique pour les justices de paix (C. proc. 9, 53) et les tribunaux de commerce (*ib.*, 421; C. com. 627). A l'égard des tribunaux ordinaires de première instance ou d'appel, elle oublie d'exprimer le principe, parce qu'elle impose un intermédiaire officiel, chargé de diriger la procédure, si bien que devant ces tribunaux on peut ériger en maxime le contre-pied du brocard : « Tout plaideur (fût-il mandataire) *ne* postule et ne conclut *que* par procureur (*vulg.* par avoué). »

Donc on peut se présenter en justice comme mandataire de l'ayant droit (je n'ose dire l'ayant qualité). Le procureur *ad litem* a qualité *du chef* de son mandant, dont il met la volonté à exécution. C'est, si l'on veut, une qualité *d'emprunt*, mais qui le dispense de fournir caution; aucune loi moderne ne reproduit les exigences du droit romain (arg. *a contr.* de l'art. 16 C. civ.) : « Chacun est admis à plaider pour autrui, comme procureur. »

15. Tout autre que le *titulaire* du droit[2] ou du devoir (ou son mandataire) n'a pas qualité et ne peut agir ou défendre (*Defensionem subire*, § 5, Inst., *De satisd.*), quel que soit son

[1] Il est *déloyal*, dit la Cour de Bordeaux (arrêt du 21 février 1851), « d'emprunter le nom et l'activité d'un tiers pour traduire son adversaire en justice. » Cette proposition est trop large; elle n'est vraie que d'un mandant qui, après le procès perdu, *nie* le mandat et veut recommencer. Mais v. n° 17.

[2] Il manque, dans la langue, un terme générique, propre à désigner celui qui a un droit (ou devoir) quelconque, un droit de servitude... V. mes *Notes sur le Code civil* (1846), n° 5123.

Digitized by Google

intérêt moral ou son désir d'obliger[1]. Le défendeur fait déclarer *non recevable*[2] le demandeur sans qualité; le demandeur requiert défaut contre le vrai titulaire, dûment appelé, malgré la prétention du tiers qui s'offre au procès.

Le *negotiorum gestor*, qui ne peut dessaisir de la propriété ni grever d'obligation, ne peut pas mieux exercer l'action réelle ou personnelle : *Nullam actionem intendere potest* (Julien, 6, § 2, *De neg. gestis*). Il en est ainsi du mandataire dont la procuration est nulle, par exemple, si le mandant est incapable; de celui dont les pouvoirs sont expirés, de celui qui excède ses pouvoirs.....

Si, en fait, un procès a été soutenu par un simple *negotiorum gestor*, la ratification ultérieure de l'intéressé validera la poursuite[3]; son acquiescement validerait la sentence : *Ratihabitio mandato æquiparatur* (Ulp.; C. civ. 1998-2°). Qui s'en plaindrait? Le juge? Il a statué comme si les parties véritables avaient figuré au procès. [Il était compétent par hypothèse]

Un seul pouvait réclamer : le *dominus litis;* or il accepte les résultats : son assentiment, même tardif, fait taire toutes les objections.

16. Le juge est-il tenu de statuer quand un plaideur se déclare *negotiorum gestor?* Non, en thèse générale; il n'est pas obligé de rendre une décision inutile, sous prétexte qu'une ratification éventuelle la validerait. Il n'y pas là déni de justice. Les magistrats ne sauraient être forcés de fonctionner d'une manière illusoire, à tout événement. Cela est surtout manifeste quand le *rôle* est chargé d'affaires où figurent de vrais ayants droit.

Même raisonnement pour l'adversaire du *negotiorum gestor*. Rien ne le contraint à courir le risque d'une condamna-

[1] A plus forte raison, s'il avait l'intention, avouée ou secrète, de s'approprier le bénéfice d'un jugement favorable. Est-ce une hypothèse aussi singulière qu'ont en vue ceux qui ne veulent pas que le mandataire fasse le procès *sien?* J'en doute. V. ci-après, n° 19, note, et ci-dessus, n° 14, note. 1 — On n'est pas recevable à requérir condamnation au profit des *pauvres*. V. C. pén., 51.

[2] Pothier, *Procéd.* — Dans le ressort du Parlement de Toulouse, cette « fin de non recevoir » s'appelait fin « de non valoir » (*non vales agere*). Rodier, *Ordonn.*, V. 5.

[3] Papinien, 66, *De procurat.* : *facit ut res in judicium deducta videatur.*

Digitized by Google

tion qui serait ratifiée, pour se ménager la chance d'une absolution qui ne le serait pas.

17. Il est trop facile à un simple gérant d'affaires de prendre la qualité de procureur. L'autre partie a droit d'exiger une *preuve* suffisante du mandat allégué. Lacune légale, sauf quelques hypothèses où nos Codes requièrent une procuration *spéciale* et *authentique* (C. proc. 218, 353, 370, 384, 511...): d'où l'on peut conclure *à contrario* que l'authenticité[1] et la spécialité ne sont pas nécessaires en principe. Le silence de la loi livre la question à l'arbitrage du juge. Suivant l'importance de l'affaire, la bonne réputation du procureur, les exigences du Trésor public, créancier de contributions indirectes, bien gênantes pour la justice..., le juge se contentera d'un acte sous seing privé, avec ou sans *légalisation* de signature. Celui qui désire, comme le signataire de cet article, la gratuité au moins approximative des procédures, fait déclarer à l'audience, par l'intéressé, qu'un tel, présenté par lui[2], est son mandataire *ad litem*. Craint-on la chicane? on exige que la constitution se fasse *coram adversario*, comme celle de l'antique *cognitor* (Gaïus, IV, 83); seulement, au lieu de solennité dans les déclarations, on se contentera de clarté.

18. Les Romains étaient moins familiers que nous avec la preuve littérale; l'*insinuatio actis intervenientibus* (§ 3, Inst., *De satisd.*) appartient plutôt à l'époque byzantine. Les jurisconsultes des trois premiers siècles tournaient la difficulté[3] en astreignant le *procurator* à une *satisdatio: periculum enim erat, ne iterum dominus de eadem re experiretur* (Inst. pr.; Gaïus, 98). Cette précaution n'est plus obligatoire, mais elle n'est interdite nulle part. Pourquoi le juge ne pourrait-il déclarer recevable le simple gérant d'affaires ou le procureur qui ne

[1] V. cependant M. Naquet et un arrêt de Nîmes, qu'il approuve, p. 654. L'essentiel est que le mandataire ait *pouvoir de plaider;* peu importe que d'autres pouvoirs aient été *joints* à celui-là. — Le pouvoir de plaider implique-t-il celui d'*acquiescer* et de *transiger?* J'en doute; arg. du C. civ. 464, 467, 1988. — Le *concierge* a souvent pouvoir de *louer* verbalement; il n'a pas pouvoir de *plaider*.

[2] *Si præsens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit.* Instit., §§ 3 et 4, *De satisd.*

[3] On pourrait expliquer ainsi la règle : *Nemo defensor in re aliena sine satisdatione idoneus,* Instit., § 1, *De satisd.* — V. du reste, n° 26 ci-après.

Digitized by Google

prouve pas son mandat, s'il offre caution, surtout si l'autre partie y consent? Bien des circonstances légitiment un pareil mode de procédure. Exemples : Un père, un fils, une femme non autorisée[1], un ami, un tuteur gêné par la famille; mieux encore, un *co*titulaire ayant qualité pour sa part (ci-après, n° 35), un créancier exerçant (art. 1166) l'action de son débiteur absent... se présentent comme *negotiorum gestores* ou *procuratores* sans preuve; les tribunaux feraient sagement de les autoriser, pour prévenir des pertes de temps ou d'argent, des complications, des procédures pénibles ou scandaleuses[2]; il suffit que les intérêts de la partie adverse soient sauvegardés. Le juge demeure libre d'écarter les démarches qu'il croit inspirées par un zèle plus officieux qu'éclairé.

19. Le plaideur *alieno nomine* peut-il se *porter fort* pour le titulaire, en s'obligeant à payer, faute de ratification (ou même après ratification), le montant de la sentence? J'incline vers l'affirmative[3]. Cette combinaison, valable dans les stipulations commerciales (C. com., titre *Des commissionnaires*), est permise, sinon présumée, dans les stipulations civiles (art. 1997 *in fine*, art. 1120). Voici l'hypothèse la plus favorable : un plaideur solvable ou cautionné par un tiers, un tuteur non autorisé par la famille, se soumet aux risques d'une condamnation; l'adversaire accepte le débat, connaissant l'insolvabilité ou l'incapacité de l'intéressé direct. Le juge qui refuserait de juger, sous prétexte de défaut de qualité, priverait la partie d'un avantage inespéré.

20. La loi établit des procureurs *à priori* pour les *incapables*.

La nécessité de cette mesure est évidente quand l'incapacité dérive d'une impuissance physique de *consentir* au procès et de *choisir* un mandataire. Les personnes dont l'intelligence n'est pas développée ou est altérée, celles dont l'existence est

[1] Hypothèse bien fréquente en justice de paix, quand le mari est ouvrier, agriculteur occupé...

[2] Espèce véritable : un homme marié est assigné en payement d'aliments fournis à un enfant. Son ami, craignant quelque imputation de paternité adultérine, s'offre à plaider en son lieu, en consignant la somme réclamée.

[3] Selon mon savant collaborateur, un mandataire ne peut pas *faire le procès* SIEN; p. 657. V. ci-après, n°s 26 et 27.

Digitized by Google

en question (les absents *stricto sensu,* les héritiers inconnus d'une succession vacante), celles qui sont éloignées (C. proc., 667, 760), ont besoin que le législateur choisisse un mandataire pour les *représenter* (art. 450,113). — Les individus qui composent les *êtres collectifs* (*vulg.* personnes morales) peuvent s'assembler et délibérer. Mais, quand il s'agit de voter les divers actes d'une procédure, la chose devient bien embarrassante. Ils pourraient du moins approuver le procès et choisir le procureur. On a préféré leur assigner des représentants une fois pour toutes.—L'État[1] charge des magistrats spéciaux de l'exercice[2] de l'action publique et de certaines actions civiles (C. civ. 184, 191, 200).

La défiance du législateur aboutit au même résultat que sa protection à l'égard des condamnés à une peine afflictive, des faillis dans certains cas, des femmes mariées... bien qu'ils soient capables de volonté.

21. Les incapables et les êtres collectifs plaident par procureur en ce sens que leur administrateur dirige la procédure par sa *volonté propre :* il décide quels actes il convient de faire et à quel moment. La volonté du *dominus litis* est nulle ou paralysée.

Les personnes dont l'incapacité est incomplète plaident *avec procureur :* l'émancipé avec son curateur; le prodigue et le faible d'esprit avec leur conseil; la femme avec son mari. La procédure se fait par le concours des volontés du *dominus litis* et de l'administrateur qui l'assiste.

L'hypothèse du failli a quelque chose de particulier : il intervient dans sa propre cause, entre son adversaire et son syndic (C. com. 443). C'est que son intérêt individuel est parfois en conflit avec l'intérêt collectif de la masse. Pareillement l'héritier bénéficiaire plaide contre un curateur au

[1] Tribonien (Inst. pr., *Per quos agere*) nous dit qu'on pouvait, dès l'origine, agir *pro populo*. Fait-il allusion aux actions exercées par un *curator reipublicæ*, etc. (Vinn. Duc.)? ou aux actions *populares* et aux *judicia publica* (Zimmern, reproduit par Bonjean) ?

[2] Elle leur *appartient*, dit l'article 1er du Code d'instruction criminelle. Mais cette rédaction est moins rationnelle que celle du Code de brumaire an IV. Aussi peut-on soutenir que le désistement du ministère public, accepté par le prévenu, ne dessaisit pas le tribunal criminel. Il en serait autrement à l'égard des administrateurs des incapables. V. C. proc., 403.

Digitized by Google

bénéfice d'inventaire (C. proc. 996), qui me paraît être un représentant des créanciers du défunt.

22. Ce que j'ai dit de la *preuve* du mandat, n° 17, s'applique au mandat légal. Nul n'est forcé d'accepter le débat avec un adversaire sans qualité; or, le tuteur seul a qualité du chef du pupille; donc le juge et l'adversaire ont droit d'exiger que la qualité de tuteur soit prouvée[1].

La loi n'a pas toujours nettement défini les pouvoirs des représentants qu'elle établit. On ne sait si le mari commun en biens peut exercer les actions mobilières et possessoires de la femme *malgré* elle et sans lui en rendre compte. (Comp. art. 1421 et 1428.) Sous le régime dotal, en admettant que le mari ait les actions pétitoires (art. 1549-2° : détenteurs), on doit avouer qu'il y a antinomie flagrante pour les actions en partage (*ib.* et 818).

Les tribunaux nomment parfois des *administrateurs* en dehors des cas de succession vacante (art. 813) et de placement d'aliénés. Peuvent-ils leur conférer le pouvoir de plaider? J'en doute fort (arg. *à contrario* de la loi du 30 juin 1838, 33). *Quid* s'ils ne l'ont pas exprimé? On ne saurait le sous-entendre. L'administrateur peut tourner la difficulté en offrant de se porter fort pour le *dominus litis*[2].

23. Autrefois on constituait des procureurs *à priori* à titre *honorifique*. Le seigneur féodal, craignant l'affront d'un échec judiciaire devant son sénéchal ou son bailli, ne souffrait pas qu'on pût l'assigner et le condamner nommément. — Si l'on se reporte aux temps où la vieille maxime était vraie, la restriction « hormis le roi », qu'on y insère volontiers, se trouvait en harmonie avec les usages monarchiques; du reste, il me semble qu'elle était bien dénuée d'intérêt : comment le roi se serait-il demandé ou refusé des lettres de grâce à lui-même? Quand la règle devint fausse, l'exception, en bonne logique, devait disparaître. Point : on continua de l'enclaver dans le brocard; en effet, si la liberté de plaider par mandataire était devenue de droit commun, le roi conservait encore

[1] *Quid si dubitetur an tutor sit, vel...; æquum est adversarium non decipi.* Ulp., 23, *De admin. tut.* V. cependant *Revue*, IV, p. 661-62.

[2] Le cas s'est présenté, à ma connaissance, devant des tribunaux inférieurs.

Digitized by Google

un privilége : celui de n'être assigné et condamné que *dans la personne* d'un mandataire *pré*constitué.

Les régimes qui ont servi de transition constitutionnelle maintenaient un privilége analogue. L'article 69-4° du Code de procédure (1806) annexait un mandat privé *ad litem* à l'exercice des *publica judicia*. Les lois sur les listes civiles créaient des *intendants* (1810, 1814), des ministres[1] de la *maison* du roi (1814), des *administrateurs* (1791, 1832, 1852). Louis-Philippe s'était donné deux procureurs : l'un pour sa dotation, l'autre pour son domaine privé.

Mais un magistrat occupé[2], fût-il investi de la direction générale des agents d'exécution des lois, accrues de quelques attributions législatives, n'a pas besoin qu'on lui impose un auxiliaire spécial pour défendre son patrimoine : il conserve, comme les autres citoyens, la liberté de choisir son homme d'affaires. — A plus forte raison, n'érigera-t-on pas en office public l'exercice des actions possessoires ou pétitoires de la femme d'un magistrat. L'édit de Henri II (1er juin? 30 nov.? 1549), voulant honorer Catherine de Médicis par une constitution préjudici*aire* d'un procureur de la reine, n'est pas plus digne d'imitation que le *divin* édit de Justinien, glorifiant Théodora par l'octroi d'une protection exorbitante aux acquéreurs de la maison de l'impératrice, *venerabilis*, *serenissimæ Augustæ* (Inst., § 14, *De usucap.*).

24. L'*indignité*, chose étrange, inspire parfois les mêmes mesures législatives que la majesté. Aux termes de l'art. 25-6° du Code civil, le *mort civilement* ne « peut procéder en jus-« tice, ni en défendant, ni en demandant, que *sous le nom* et « par le ministère d'un *curateur* spécial qui lui est nommé « par le tribunal où l'action est portée. » Le mort civilement

[1] La loi du 8 novembre 1814, 14, complique l'organisation du privilége. Les actions sont dirigées, *à la charge du roi*, contre le ministre de sa maison (ou l'intendant par lui commis); néanmoins, le roi continue d'être assigné « en la personne de son procureur ». (C. proc., 69-4°, remis en vigueur?) *Quid* si l'intendant voulait plaider, et que le procureur du roi fût d'avis contraire?

[2] *Qui suis consiliis suisque laboribus* PRO TOTO ORBE *terrarum* DIE NOCTEQUE *laborant*. Justinien, Constitut. 3, *De quadriennii præscr.*, adressée au *comes rerum privatarum* et au *curator divinæ domus serenissimæ Augustæ*.

Digitized by Google

se trouvait ainsi à peu près sur le même pied que le monarque. On a peine à se rendre un compte logique de cette décision, aujourd'hui abolie avec la mort civile, ce vestige de la *media capitis diminutio*. Ne faut-il pas toujours révéler au juge le véritable *dominus litis*, pour qu'il le condamne ou lui donne gain de cause ? A quoi se réduit dès lors l'honneur décerné au dignitaire[1], ou l'humiliation infligée au criminel ? Oublions des usages vieillis avec les idées dont ils tiraient leur origine.

25. Le plaideur *alieno nomine* doit-il, même s'il est dispensé d'établir un mandat, *faire connaître* au juge l'intéressé véritable ? Évidemment, puisque le droit ou le devoir repose sur la tête de celui-ci. Un tribunal peut il condamner ou absoudre un *inconnu ?*

Supposons que deux adversaires gardent l'*anonyme*, en précisant les faits. Le juge ne pourra que donner, sur l'hypothèse énoncée, une sorte de solution *abstraite*, à l'instar d'un professeur; résultat satisfaisant, à tout prendre, pour deux plaideurs raisonnables, qui veulent terminer leurs contestations gratuitement et en secret. Malheureusement la morale appliquée à la procédure n'a pas encore fait des progrès bien étendus : il est rare que des hommes opposés d'intérêt s'accordent à solliciter une décision gratuite[2], se résignant d'avance à l'exécution spontanée. La plupart veulent une condamnation ou absolution *personnelle*, désignant *tel* individu et non *tel* autre. Comment obtenir ce résultat si les mandants demeurent ignorés ?

26. Il est vrai qu'en droit romain, la *condemnatio* de la for-

[1] Une constitution de Zénon permit aux *viri illustres* ou *super illustres* de procéder *per procuratores* au criminel, en matière d'injures (§ 10, Inst., *De injuriis*). Les gens du commun restèrent soumis à la nécessité d'une *subscriptio in crimen* (Ulp., 7. *De accus. et inscriptionibus*). — Chez nous, les prélats n'avaient pas besoin de lettres de grâce (Loysel, *sup.*, n° 2).

[2] Devant les tribunaux où l'entremise des avoués est obligatoire, on ne saurait économiser les honoraires dus pour les conclusions.— Peut-on économiser ceux de l'huissier? Oui, selon moi : aucune loi ne défend aux avoués de comparaître sans citation et de conclure, le défendeur renonçant au besoin à la prescription *acquise* (C. civ., 2220). On oublie trop que le magistrat en exercice est compétent pour constater tous les faits et dires qui se rattachent à ses fonctions. Du reste, l'opinion contraire mène à une absurdité, savoir: que le juge ne peut statuer sans permission d'huissier. V. C. proc. 48.

Digitized by Google

mule et la sentence du *judex* frappaient le *procurator*, devenu *dominus litis* après la *litis contestatio*, il exerçait l'action *judicati* comme gagnant, ou y demeurait exposé comme perdant[1].

Cette différence dans la forme tient à une différence dans la fond. Le mandataire romain *ne représentait pas* le mandant dans les actes juridiques; semblable à notre commissionnaire commercial, il stipulait ou promettait, demandait ou défendait lui-même, non-seulement *in rem suam*, mais encore pour le compte d'autrui; par suite, il devenait créancier ou débiteur dans les contrats, gagnant ou perdant dans les procès. Au besoin le mandant demandait compte des bénéfices par l'action *mandati directa;* le mandataire se faisait indemniser des pertes par l'action *contraria*, complication superflue qu'atténua plus tard l'introduction des actions utiles (*utilis ad exemplum institoriæ dabitur actio*, Papinien, 19, *De institor.*). Les modernes ont, avec raison (sauf ce que j'ai dit plus haut n°s 18-19), suivi le progrès ébauché par les Romains eux-mêmes[2]. Le mandataire n'est plus qu'un simple *instrument:* instrument intelligent sans doute et usant de sa volonté propre, tandis que le messager, *nuntius*, est souvent inconscient, ou du moins ignorant des détails et sans pouvoir de modifier.

27. Quoi qu'il en soit, l'intervention d'un intermédiaire au procès ne change rien à la *question* de *fait* et de *droit*. Il s'agit toujours de savoir si le *dominus litis* a prêté et se trouve créancier; s'il a emprunté et se trouve débiteur; s'il est propriétaire du bien ligitieux dont il exige la restitution; s'il est simple détenteur et tenu de délaisser. Le juge ne peut résoudre la question que dans les mêmes termes[3]. D'ailleurs,

[1] Vatic. fragm., 317, 332. Un résultat analogue se produirait chez nous si quelque plaideur était reçu à se porter fort pour le titulaire absent qui ne ratifie pas; ci-dessus, n° 19. — Mais j'admettrais toujours le titulaire à prendre la direction du procès et à changer de procureur, nonobstant Paul, 16, Dig., *De procur.*

[2] Ils avaient fini par donner l'action *judicati* au mandant (ou au pupille) et contre lui (Vatic. fragm., 331; Ulp., 4, *De re judicata;* Ulp., 2, *De admin. tutorum*). On peut en induire une décision pareille à l'égard de l'exception *rei judicatæ*. — Le § 3, *De satisd.* (Inst.) dispense de la caution *de rato* le *procurator præsentis* et celui dont le mandat a été *actis insinuatum*.

[3] Des auteurs supposent qu'en fait le *nom* du mandataire peut *paraître*

Digitized by Google

les titres qu'il consultera mentionneront le titulaire ou ses auteurs. Aussi l'*intentio* des formules romaines désignait-elle le *dominus* (Gaïus, IV, 86) : s'il appert que le mandant soit créancier du défendeur, condamnez le défendeur envers le *procurator ;* sinon, absolvez ; s'il appert que le demandeur soit créancier du mandant, condamnez le *procurator ;* sinon, absolvez celui-ci.

Voilà pour le juge. Mais il faut bien faire connaître à l'*adversaire :* s'il est demandeur, quel est son débiteur ou quel est l'usurpateur de sa chose ; s'il est défendeur, quel créancier, quel propriétaire prétendu le poursuit[1]. Autrement, il ne saurait comment choisir ou exposer ses griefs, ses défenses, ses preuves ; il ne saurait s'il doit acquiescer, transiger ou continuer la lutte.

28. Je n'aperçois qu'une exception, purement monarchique. L'empereur ou le roi, s'il n'a des associés, Césars ou Augustes, est seul de sa condition : on ne saurait le confondre avec un de ses sujets. Il suffit donc que l'intendant officiel des actions et exceptions du trône ou de la couronne déclare qu'il agit ou défend en cette qualité. On ne nommera, ni dans les actes de procédure, ni dans la condamnation, la personne sacrée (*divinum, sacrum oraculum,* § 11, Institut., *De adopt.*, etc.). L'intendant subira l'interrogatoire sur faits et articles, prêtera le serment déféré ou référé (V. cependant C. civ. 1359, 1362 ; C. proc. 121, 333, 336 *inf.*). — Est-ce bien là une exception au principe ? Le monarque n'est-il pas d'autant plus visible[2] qu'il est caché derrière l'*advocatus*[3] *fisci ?*

seul dans la procédure ; ils ajoutent que ce serait une violation des principes. V. M. Naquet, p. 657. Je ne comprends pas, je l'avoue, comment Tertius pourrait soumettre au juge la question de savoir si *Primus* est (ou n'est pas) créancier de *Secundus*, SANS NOMMER *Primus* et *Secundus*.

[1] *Tu* QUIS *es et quid petis?* Jacq. B. S. P., *Cours de procéd.*, 6e édit., p. 215, n° 12.

[2] La loi de 1814 (n° 23) reconnaît que les actions sont dirigées « à la charge du roi. »

[3] *Patronus fisci, defensor domus nostræ...* (Cod. Theodos., *De actoribus*, et *passim*). L'empereur Maxime chargeait l'*advocatus fisci* d'accuser au défaut des particuliers (Sulp. Sévère, II, cité par Cujas). De là, selon Jacq. B. S. P., nonobstant M. Naudet, l'institution moderne du ministère public.

Digitized by Google

Un *tuteur* peut avoir plusieurs pupilles, non consorts, ignorés de la partie; il doit dire quel pupille plaide par son intermédiaire, ou prouver que la partie le sait[1]. — Un *syndic* peut être liquidateur de plusieurs faillites; il doit désigner le failli qui est en cause. — D'ailleurs, il y a plusieurs tuteurs ou syndics dans un ressort; la partie n'est pas tenue de deviner lequel représente son ennemi.

29. Doit-on, en faisant connaître le *dominus litis*, observer certaines formes, requises à peine de nullité? En théorie, la négative ne me paraît pas douteuse. Il suffit que le juge soit convaincu que l'indication a été clairement fournie[2].

En droit positif, la question est grave : il faudrait deviner ce qu'a voulu dire le rédacteur de l'article 61 (C. proc.). Ce texte exige, à peine de nullité, l'indication du *demandeur* et du *défendeur;* a-t-il eu en vue les deux titulaires du droit et du devoir litigieux? a-t-il eu en vue celui qui requiert l'huissier d'agir et celui qui est sommé d'accepter le litige? La controverse est inextricable, si l'on s'arrête au demandeur. Mais la seconde interprétation est bien peu satisfaisante à l'égard du défendeur : n'est-il pas naturel et nécessaire, quand on agit, d'appeler en justice le débiteur ou le possesseur? Comment deviner le mandataire qu'il lui plaira de choisir? devra-t-on, si le titulaire ne s'est pas montré, assigner le premier venu qui juge à propos de s'offrir au procès? ou bien attendre l'apparition d'un procureur? Or, si la loi entend par défendeur le titulaire, il n'est guère probable qu'elle ait appelé demandeur le requérant, même *non* titulaire. Le rédacteur a oublié le cas où l'on plaide par mandataire; ou peut-être, imbu de la vieille maxime, l'a-t-il jugé chimérique. Jusqu'à ce que le texte ait été élucidé, il me répugnerait, surtout au point de vue de l'effet interruptif de prescription, d'annuler un exploit où le procureur seul serait nommé, si d'ailleurs le mandat est clairement indiqué par quelque acte distinct[3].

30. Le procureur qui a désigné le titulaire, doit-il se faire connaître *en outre* lui-même? Oui, puisque la partie lutte en

[1] V. cependant *Revue,* t. IV, p. 661-62 : « Tout le monde (!) est d'accord « que la maxime ne s'applique pas au mandataire légal... »

[2] Je ne crois pas nécessaire de la renouveler dans *tous* les actes, pourvu que rien ne vienne la contredire.

[3] V. cependant Dalloz, cité par M. Naquet, p. 656. V. note suiv.

Digitized by Google

fait contre lui. Mais pourrait-elle faire annuler l'exploit pour omission de la *double* indication? Je ne le pense pas : le Code ne prononce la peine de nullité que si l'exploit omet le demandeur, son avoué et le défendeur. Le juge arbitrera si l'indication séparée a été suffisante.

Ce serait nous ramener au moyen âge que d'annuler un exploit parce qu'on y a désigné le mandataire *avec* le mandant; parce que le mandataire y est désigné le *premier;* parce que l'exploit est fait à sa requête et *en son nom*, et non à sa poursuite et diligence[1]. L'article 61 énumère certaines indications, mais il n'ordonne point de les présenter dans un ordre inflexible, ni avec des termes sacramentels.

31. A quel *moment* faut-il faire connaître le *dominus?* Avant le premier acte d'instruction, pour que le juge soit éclairé et que l'adversaire évite tout acte frustratoire.

S'il y a tentative de conciliation, on désigne les titulaires *devant* le magistrat conciliateur. En effet, il est aussi difficile d'amener une transaction entre deux intéressés absents et *anonymes* que de juger leur différend. (Ci-après, n° 40.)

Si les parties comparaissent spontanément, comme les gens raisonnables doivent toujours le faire, elles désignent les vrais intéressés en même temps qu'elles déclarent se soumettre à la justice. — Quand le défendeur refuse ou se tait, il faut bien l'assigner; mais il est équitable de faire connaître *dès le début*, et celui sur la tête duquel repose le droit litigieux, et celui contre lequel existe ce droit.

32. Le procès une fois engagé avec une personne sans qualité pour plaider, par exemple avec un *falsus procurator*, son adversaire sera-t-il admis à invoquer le défaut de qualité *en tout état de cause?* Oui : aucune loi ne l'astreint à produire ce moyen *in limine litis*[2]. Le titre des « Exceptions » fournit plusieurs arguments *à contrario* (C. proc., art. 166, 169, 173, 186, 187). Le défaut de qualité influe sur l'efficacité du jugement; tant qu'il n'est pas rendu, la partie ne saurait être tenue de l'accep-

[1] Cette troisième proposition paraît admise par Pigeau, p. 52. Quant à la deuxième, il ne l'écrit qu'en la modifiant sur-le-champ par la troisième. J'ai peine à croire qu'elle ait été nettement défendue par un théoricien. La première est insoutenable : *quod abundat, non vitiat;* je la mentionne pour mémoire.

[2] V. cependant les arrêts cités par M. Naquet, p. 664 et 665.

Digitized by Google

ter en pure perte.—Mais je n'admettrais pas à se rétracter le plaideur qui *accepte* l'offre d'un tiers de se porter fort pour le titulaire (C. proc. 403). — Du reste, quand la fin de non-recevoir se propose, le juge fait sagement de l'examiner avant les autres moyens, puisque, si elle est justifiée, il sera dispensé de passer outre.

33. La partie qui a plaidé en première instance contre un adversaire sans qualité, est-elle admise à invoquer la fin de non-valoir, *en appel*, en cassation?... Oui : mêmes arguments. On ne saurait être contraint de *mal finir*, parce qu'on a *mal débuté*. Du reste, le juge d'appel se bornera, sans creuser le fond, à résoudre la question de qualité. Il déclarera que le *gagnant pour autrui* ne peut se prévaloir lui-même du jugement obtenu en première instance, sauf à réserver tous les droits des deux parties. — Si le titulaire véritable se découvre, on le met en cause; son intérêt bien entendu est de ratifier la première poursuite et de plaider au fond devant le tribunal d'appel, afin d'obtenir une décision en dernier ressort.

34. Supposons les choses encore plus avancées. Le jugement entre parties dont l'une est sans qualité a force (ou est passé en force) de chose jugée. Que faire? On se heurte ici contre un autre brocard dont je n'ai pas le loisir de mesurer la valeur légale ou scientifique : « Voies de nullité n'ont lieu[1] en France. » (Je sous-entends avec Merlin : contre un jugement émané d'un tribunal compétent et revêtu des formes extérieures voulues par la loi.) Même en attribuant à cette deuxième maxime une vigueur obligatoire qu'elle n'a peut-être pas, on peut en écarter l'application à l'aide du principe *res inter alios judicata aliis nec nocet nec prodest*, qui a l'avantage d'être consacré par le droit positif (C. civ. 135; Macer, 63, *De re judic.*). La condamnation prononcée contre Primus (ou à son profit) n'atteint pas Tertius (ou ne lui profite pas). Nul ne devient propriétaire ou créancier en vertu de l'action intentée par autrui; nul *a fortiori*, ne cesse d'être créancier ou propriétaire par suite de l'action exercée contre autrui. Donc le titulaire véritable peut toujours plaider à nouveau (directement ou par *tierce opposition?*) et, par une

[1] Jacq. B. S. P., *Cours de procéd. civile*, 6e édit., p. 457, note 11, 2°.

Digitized by Google

procédure mieux dirigée, obtenir un changement de jurisprudence.

Le perdant pour autrui peut-il répéter ce qu'il a payé? Question délicate. Pothier refuse la *condictio indebiti* (n° 159), quand le payement est fait *ex judicati causa*. — La négative paraît certaine s'il s'est porté fort (art. 1120), s'il a induit en erreur son adversaire (art. 1116).

35. J'ai réservé jusqu'à ce moment quelques hypothèses complexes et partant embarrassantes.

Titulaires *multiples*.—Un plaideur a qualité; mais d'autres personnages non présents ont qualité comme lui : il a des *co*propriétaires ou des *co*créanciers. Il peut plaider pour sa part, mais non pour la part des autres; aucun texte n'établit une présomption légale de mandat *ad litem* au profit du *co*titulaire; toutefois la coexistence des droits (ou devoirs) rendra sans doute le juge moins exigeant pour la preuve du mandat. D'un autre côté, elle ne diminue en rien le droit du titulaire qui veut plaider; donc il est recevable de son chef. — *Quid* si, en plaidant, il émet la prétention de plaider, sans mandat formel, pour les autres? La sentence, nulle à l'égard des consorts, vaudra selon moi à son égard, puisqu'il avait qualité [1].—J'excepte le cas où il a clairement manifesté l'intention de ne plaider qu'au nom de la collection complète.

36. Titulaires *associés* ou *copromettants*.—L'association ou la simple simultanéité de promesses, constante aux yeux du juge, le rendra moins exigeant encore sur la preuve. Je ne sais si elle permettrait aux consorts non représentés d'invoquer un jugement favorable; je crois qu'elle ne rend point obligatoire pour eux une condamnation.

Convient-il d'admettre des exceptions pour les associés en nom *collectif* (C. com. 22), les débiteurs *solidaires* (C. civ. 1505 à 8), les débiteurs d'une dette *indivisible* (art. 1222 à 1225, 2249-2°)? Questions douteuses. La négative s'appuierait sur l'article 24 (C. com.), d'après lequel un associé en nom peut *n'être pas gérant* [2]; on ne voit même pas nettement

[1] V., en sens inverse, M. Naquet, p. 660.

[2] La loi donne pouvoir formel au mari commun en biens, dans certains cas (C. civ. 818, 2208...)

Digitized by Google

qu'il le soit dans le doute (art. 1860, 1859-3° et 4°).—La solidarité, qui implique mandat *ad perpetuandam*, ne l'implique point *ad augendam obligationem* (Dumoulin, Pothier, C. civ. 1205); or, la condamnation aggrave la position du perdant (n° 12, note 2). Peut-être distinguerait-on entre le fait de la dette et le fait de la solidarité (art. 1365-6°). — Si la dette est indivisible, le débiteur est condamné pour le *tout*, en dépit de l'existence réelle ou possible d'autres coobligés. S'ensuit-il que les *tiers dénoncés* comme codébiteurs soient convaincus et liés par le jugement rendu sans les appeler en cause? (V. art. 1225.) Ne pourraient-ils soutenir qu'ils ne doivent rien, ou simplement qu'il n'y a pas indivisibilité véritable?

A l'égard des sociétés *civiles*, on tombe dans une controverse préjudicielle : sont-elles (Bravard), ne sont-elles pas (A. Demante) des personnes morales ?

Même en adoptant la négative sur ces divers points, le juge a toujours une question de *fait* à résoudre : les associés ou coobligés ont-ils conféré un mandat *tacite*? Ceci explique peut-être les divergences signalées par mon savant collaborateur, p. 659, 661.

37. Titulaires *apparents* ou *putatifs*. — Parfois un plaideur a qualité *apparemment* (la Fontaine), alors qu'un tiers a qualité effectivement. Je propose de distinguer si les apparences proviennent, ou non, du fait de ce dernier.

Soit un héritier apparent, possédant la succession au détriment de l'héritier véritable. Le premier subit, en qualité d'héritier, une condamnation au profit d'un tiers; plus tard, le second revendique avec succès l'hérédité; souffrira-t-il, sans pouvoir se défendre lui-même, l'exécution du jugement? C'est demander, en quelque sorte, s'il devrait respecter les *aliénations* de l'héritier apparent? Question née d'une antinomie romaine qui reparaît, à la honte des législateurs modernes, entre les articles 1240 et 1165 [1]; elle est trop connue pour la traiter ici.

38. Supposons un accord plus ou moins complet entre les

[1] D'autres textes (art. 813, 2182-2°, etc.) se groupent autour de ceux-là. V. mon *Manuel de logique juridique*, 2e édit., n° 236. [*Jurisconsulti*] *certant et adhuc sub judice lis est*. — Je laisse également de côté les controverses relatives au *justus contradictor*, quand de nouveaux ayants droit *naissent* après le jugement de l'affaire. V. C. civ. 918.

Digitized by Google

deux titulaires. Par exemple, le plaideur *suo nomine*, mais non *in rem suam*, est un cédant non dessaisi à l'égard des tiers, un vendeur par acte non enregistré, un acheteur avec *command* non déclaré, un cessionnaire ou subrogé, devenu tel pour sa sûreté ou pour faciliter un recouvrement, le porteur d'un effet à ordre irrégulièrement endossé... Dans ces divers cas, le titulaire apparent est au fond mandataire pur et simple du titulaire véritable. Celui-ci demeure, il est vrai, dans l'ombre; qu'importe, s'il accepte tacitement le résultat des poursuites[1]? La partie adverse conçoit des doutes, des inquiétudes? Eh bien! qu'elle exige le consentement explicite du tiers démontré titulaire ou justement soupçonné de l'être. Ainsi, le signataire de l'effet irrégulièrement endossé exigera l'acquiescement anticipé de l'endosseur[2]. — Si la précaution n'a pas été prise et que le titulaire véritable veuille renouveler le procès, les juges apprécieront s'il n'a réellement pas consenti à l'instance.

Ici, bien entendu, on se heurte aux controverses indépendantes de la qualité; par exemple, à celle qui s'élève sur la portée de l'endossement irrégulier. « Ce n'est, dit le Code de commerce (art. 138), qu'une procuration. » Mais est-ce une procuration stricte à l'effet de recevoir le *payement?* est-ce une procuration large à l'effet d'exercer tous les *droits* de l'endosseur, demeuré porteur véritable? Le Code oublie de le dire : aussi suis-je moins surpris de l'incertitude des Cours (M. Naquet, p. 659-61) que de l'inertie du législateur.

39. N'est-il pas vrai, sous certains rapports, que nul ne plaide par procureur, c'est-à-dire que le juge a droit d'exiger la comparution *en personne?*

Oui (C. proc. 119), au double point de vue de la preuve et de la conciliation.

[1] Par exemple, s'il se présente comme *procurator* (*in rem suam*) du titulaire apparent. Espèce réelle : le Crédit foncier acquiert un immeuble sur expropriation; avant d'avoir notifié aux créanciers inscrits, il revend. Un procès s'élève avec un locataire sur une question de réparations; le nouvel acheteur plaide, mais comme mandataire du Crédit foncier. Où est le mal, puisqu'il se trouve obligé d'avance aux suites du jugement?

[2] Le *commissionnaire* n'est pas seulement titulaire apparent (V. cependant M. Naquet, p. 662), puisqu'il a *promis* en son nom; il est cotitulaire véritable, comme le serait une caution.

Digitized by Google

Preuves. — Le juge curieux de découvrir la vérité, *interroge* l'intéressé lui-même et non un mandataire; le Code de procédure (art. 333) veut que la partie réponde en personne, sans assistance d'un *conseil* qui lui signalerait le danger de tels ou tels aveux. La personne qui a pris part au fait en litige ne saurait alléguer, sans faire suspecter sa bonne foi, une ignorance radicale des circonstances. Le mandataire, lui, n'a rien vu, rien entendu; je veux dire, rien de compromettant. Cette réponse banale : « Je ne sais pas, » le tire perpétuellement d'embarras. Vient-il à se contredire? Il prétexte un oubli, une confusion de souvenirs bien naturelle quand on raconte les faits d'autrui. L'interrogateur habile demande une série de détails, insignifiants au premier coup d'œil, qui lui servent de jalons de contradictions; la partie fait des aveux dont elle n'aperçoit pas la portée. Au dénoûment, il est trop tard pour se rétracter; la honte de se contredire extorque à l'intéressé (on ne rougit guère par procureur), un aveu définitif[1].

40. *Conciliation.*—Les transactions s'obtiennent par la *réciprocité* des sacrifices. Le mandataire de profession, qui vit de procès, ne concède pas une obole; son opposition intéressée est d'autant plus nuisible[2] qu'elle s'abrite aisément derrière un zèle affecté pour la stricte observation de la justice. L'intermédiaire gratuit, moins dangereux, est pourtant un obstacle, à cause de la limitation des pouvoirs, limitation sous-entendue, même quand elle est contredite par une procuration patente. Quel plénipotentiaire accorde un grand sacrifice, si ce n'est *ad referendum?* Vous venez pour un ami au bureau de conciliation, autorisé à sacrifier 50 francs. Le juge de paix propose un sacrifice de 60 francs. Votre ami le ferait peut-être; vous reculez, de peur de le mécontenter; la transaction échoue.

Je prends la liberté d'ériger en maximes les propositions

[1] On prête le *serment* en personne (C. proc. 124).

[2] Il faut, suivant un mot aussi profond que spirituel, écarter les gens de loi de la conciliation, comme on ôte le bois du feu qu'on veut empêcher de brûler. Je souris en me rappelant que Boitard n'osait lire ce passage aux étudiants de Paris, sans leur demander grâce pour l'extrême frivolité de la forme.

Digitized by Google

suivantes : « Nul n'avoue la vérité entière par procureur » ; « Nul ne transige aisément par procureur[1]. »

41. J'ai lu, je ne sais où, qu'il convient de supprimer le préliminaire de conciliation à l'égard des litiges *de première instance;* — il est visiblement fructueux à l'égard des affaires de justice de paix. — Il conviendrait avant tout d'affirmer les véritables causes de l'insuccès partiel constaté par la statistique. La principale est, selon moi, l'intervention des mandataires. Dans les chefs-lieux judiciaires, un *clerc d'avoué;* dans les petites villes, un agent d'affaires, un *clerc d'huissier,* se présentent pour les deux parties; ils s'accordent sur un point : c'est que la conciliation est absolument impossible. Le conciliateur se décourage bientôt, surtout s'il est chargé, comme suppléant, d'exécuter le travail sans participer aux honoraires. Offre-t-il d'écouter les parties en personne? objections de toute espèce : absence, maladie, travaux... exagérés à dessein. Il recule, et la guerre est déclarée.

Le conciliateur devrait être investi de pouvoirs suffisants pour obtenir la comparution en personne. (Comp. C. proc. 877). On lui permettrait, par exemple, de prononcer une *amende* légère. (Comp. C. proc. 263[2].)

Dès à présent les juges de paix ont droit d'exiger la preuve de l'*empêchement* de la partie (C. proc. 53) et des *pouvoirs* allégués (*ib.*). Ils doivent l'exiger dès que le procureur *ad conciliationem* se montre inflexible. Si des concessions raisonnables sont offertes, ils provoquent une lettre explicite de l'absent; ils l'invitent à comparaître volontairement, pour prévenir la citation, acte irritant et coûteux.

[1] J'excepte le cas où l'irritation s'est manifestée par des injures graves, par des voies de fait...

[2] Je me borne à énoncer, parce qu'elle est étrangère à mon sujet, une seconde mesure. Quand les parties occupent une position élevée, à raison de leur fortune, de leurs fonctions..., il est sage de charger du rapprochement un magistrat de première instance (C. proc. 876 à 78), d'appel ou de cassation, selon l'importance des cas. Avec plus de crédit qu'un simple juge de paix, il obtiendra plus aisément des concessions. En fait, les présidents invitent à transiger sur les questions difficiles; ils devraient user plus fréquemment de ce droit. Je voudrais que la conciliation *officielle* restât ouverte jusqu'à la fin du procès.

Digitized by Google

42. Je formule mes conclusions principales[1] :

La *qualité* nécessaire pour plaider est inhérente au *droit :* car elle suppose pouvoir d'aliéner. On peut plaider par procureur; le procureur a qualité *du chef* de l'ayant droit.

La *capacité* est indépendante de la qualité. Quand l'ayant droit est incapable, le pouvoir d'agir passe à son mandataire légal (qualité d'emprunt[2]).

Celui qui n'a pas qualité n'est pas recevable (eût-il capacité) à plaider pour autrui, en thèse générale.

Celui qui a qualité du chef d'autrui doit le *prouver;* il doit *faire connaître* le véritable ayant droit. — Ce dernier seul *gagne* ou *perd* le procès.

Ces propositions me semblent *vraies* jusqu'à démonstration contraire; mais je ne les présente point comme des *traductions* de la phrase : « Nul ne plaide par procureur. » On m'objecte que l'auteur de cette trop fameuse maxime a voulu dire autre chose que ce qu'il a dit[3]. Comment le savoir, si ce n'est par un labeur aussi conjectural que superflu? Sans doute cette collection trop restreinte de vérités qu'on nomme la science est accompagnée d'une suite *infinie* de *problèmes;* mais il faut avant tout les réduire à des termes lucides et précis[4]. On essaye ensuite de les résoudre par la découverte de conditions conformes à la nature des choses. Les jurisconsultes qui s'absorbent dans la divination de pensées mal exprimées s'exposent à échouer comme les romanistes qui ont voulu reconstruire des textes de lois perdues, au risque d'épuiser leurs efforts sur des bizarreries législatives analogues au second chef de la loi Aquilia.

FÉLIX BERRIAT SAINT-PRIX.

[1] Le législateur devrait combler les lacunes et lever les contradictions que j'ai signalées. Pourquoi faut-il que le talent oratoire ne soit pas toujours fortifié par la science et l'énergie réformatrices?

[2] Le mandataire légal peut plaider par procureur, § 3, *in fine,* Inst., *De satisd.*

[3] « On cherche ce qu'il dit après qu'il a parlé. » (Molière.)

[4] De vrais savants, tels que le magistrat-géomètre Fermat, ont laissé des théorèmes sans démonstration; mais on n'est pas obligé de *renverser* les termes de leurs énoncés.

Digitized by Google

LE TRIBUNAT ET LE CODE CIVIL.

(Mémoire couronné par l'Académie de législation de Toulouse) [1].

Par M. Joseph BRESSOLLES, docteur en droit,
Avocat à la Cour d'appel de Toulouse.

« Un intérêt sérieux ramène l'attention sur les hommes qui ont contribué à restaurer la société après les convulsions et les tempêtes. Les temps sont différents, les analogies seraient illusoires et trompeuses; mais l'idée générale d'étudier les personnages de réparation et d'ordre après ceux de révolution et de ruine, et d'en évoquer l'esprit ne saurait être que bonne et utile dans son ensemble. » C'est ainsi que M. Sainte-Beuve saluait, en 1852 [2], l'apparition des *Discours et Rapports* de Portalis, qu'une main filiale venait de recueillir pour les présenter au public. L'intérêt qui, au dire du grand critique, s'attachait à ces sortes de publications, nous espérons qu'il subsiste encore, et c'est ce qui nous a engagé à étudier le rôle du Tribunat sous l'empire de la Constitution de l'an VIII, et, en particulier, la part qu'il prit à la rédaction du Code civil. Un pareil travail nous permettait d'ailleurs de rechercher la pensée exacte du législateur de 1804, et, à vrai dire, ce devait être là notre premier but. Nous aurons donc à rappeler d'abord ce qu'était le Tribunat d'après la Constitution du 22 frimaire an VIII, et le rôle politique qu'il joua; nous étudierons en second lieu « la savante et laborieuse critique qu'il exerça si profitablement sur les travaux préliminaires du Code civil [3], et « nous aurons souvent occasion de constater que les observations présentées par le Tribunat au Conseil d'État ont amené dans la loi des améliorations très-utiles [4] ».

[1] En publiant des extraits de ce Mémoire et en rappelant la distinction flatteuse dont il fut l'objet, l'auteur a surtout voulu exprimer à l'Académie de législation sa respectueuse et profonde reconnaissance; il s'est étudié à profiter des bienveillantes critiques qui lui furent adressées et, en complétant ses premières recherches, il s'est efforcé de rendre son essai moins indigne de ceux qui l'ont honoré de leurs encouragements.

[2] *Causeries du lundi*, t. V, p. 441.

[3] M. Ch. Giraud, Notice sur le comte Siméon, *Rev. de législat.*, t. XV, p. 509.

[4] M. Valette, *Cours de Code civil*, in-12, t. Ier, p. 14.

Digitized by Google

PREMIÈRE PARTIE.

RÔLE DU TRIBUNAT SOUS LA CONSTITUTION DE L'AN VIII.

Au lendemain du 18 brumaire, Bonaparte, proclamé consul, chargea son collègue Sieyès de rédiger le projet de la Constitution qui devait régir la France. Il appartenait, ce semble, à l'ancien constituant d'appliquer enfin ses théories gouvernementales et d'arrêter cette Révolution dont il avait lui-même, un des premiers, provoqué le débordement. Mais devait-il réussir dans cette œuvre? Il est permis d'en douter. Sieyès ne voulait pas, en effet, apprendre de l'histoire l'art de gouverner les peuples. « Je suppose, écrivait-il dès 1772, que la raison tardive va présider à l'établissement d'une société humaine, et je veux offrir le tableau analytique de sa Constitution[1]. » Froissé par les partis, il avait gardé pendant la période révolutionnaire un silence presque absolu sur l'organisation des pouvoirs sociaux, et c'est en vain que Mirabeau avait tâché de l'arracher à sa retraite par les termes les plus éloquents[2]. Un jour (2 thermidor an III), il voulut rompre avec cette longue inaction; mais la Convention nationale rejeta les idées qu'il était venu lui exposer, et le dépit de Sieyès se manifesta si ouvertement, qu'un de ses collègues s'écria : « Ce faiseur d'utopies est tellement orgueilleux, que, si d'un projet par lui présenté, on retranchait une virgule, il n'hésiterait pas, s'il en avait l'occasion et les

[1] Ces paroles, reproduites plus tard (1788) par Sieyès dans sa première brochure : *Vues sur les moyens d'exécution...*, ont été remises à leur date par M. Sainte-Beuve, *op. cit.*, t. V, p. 193, qui eut connaissance de ses « notes manuscrites, essais philosophiques, projets de constitution, lettres intimes et confidences familières. » M. H. Fortoul en préparait, paraît-il, une édition complète.

[2] « Je ne cacherai pas mon profond regret, disait-il dans la discussion sur le droit de paix et de guerre (mai 1790), que l'homme qui a posé les bases de la Constitution... se condamnant lui-même à un silence que je déplore, que je trouve coupable, à quelque point que ses immenses services aient été méconnus, que l'abbé Sieyès... je lui demande pardon, je le nomme... ne vienne pas poser lui-même, dans sa Constitution, un des plus grands ressorts de l'ordre social. » (Notice sur Sieyès par M. Mignet, *Notices et Mém. hist.*, t. Ier, p. 13.)

Digitized by Google

moyens, à faire une révolution pour rétablir une virgule[1]. » Quelle ne dut pas être sa joie lorsque Bonaparte l'invita à mettre au jour ses idées! Il se crut, selon un mot attribué à Mme de Staël, le promulgateur de la loi de l'avenir. Les esprits sages comprenaient toutefois que le grand théoricien aboutirait encore à des projets chimériques. « Une fausse science, écrivait Joubert[2], va succéder à l'ignorance, et une fausse sagesse à la folie. On fera mal avec méthode, avec sérénité... Que le ciel désengoue Bonaparte de ces messieurs, et, à ce prix, qu'il le conserve..... mais je n'attendrai rien de bon de son pouvoir ni de sa capacité, tant qu'il sera assez sot pour croire que Sieyès même a plus d'esprit que lui. »

Les craintes de Joubert ne devaient point se réaliser, et Sieyès allait bientôt comprendre combien ses idées différaient de celles de Bonaparte. L'un rêvait un gouvernement organisé suivant des données purement théoriques, et correspondant d'une façon presque mathématique aux divers intérêts en conflit; l'autre voulait un pouvoir actif, fort, militaire, pour ainsi dire, et qui pût agir énergiquement contre l'opposition, partout où elle se rencontrerait. Ainsi, Sieyès plaçait à la tête de la France un *proclamateur électeur*, chargé de présider au gouvernement, mais ne gouvernant pas lui-même; ce soin était réservé au conseil des ministres et à deux consuls : l'un de la guerre, l'autre de la paix. La loi n'était plus, d'après lui, qu'une sentence rendue par le *Corps législatif*, juge muet, devant lequel venaient plaider le *Conseil d'État*, au nom du gouvernement, et le *Tribunat*, au nom du peuple. Ce dernier corps, dont Sieyès avait déjà proposé la création à la Convention[3], devait être composé de cent membres inamovibles, pris de droit sur les cent pre-

[1] *Hist. parlementaire de la Révolution*, par Buchez et Roux, t. XXXVIII, p. 261.

[2] Lettre à Mme de Beaumont (31 décembre 1799), *Pensées et Correspondance*, t. Ier, p. 47.

[3] Art. Ier du projet présenté à la séance du 2 thermidor an III. — « Il y aura, sous le nom de Tribunat, un corps de représentants au nombre de trois fois celui des départements avec mission spéciale de veiller aux besoins du peuple et de proposer à la législature toute loi, règlement ou mesure qu'il jugera utile. Les assemblées seront publiques. » (*Hist. parlem. de la Révol.*, *loc. cit.*)

Digitized by Google

miers noms de la *liste nationale*. L'initiative et la discussion des lois lui étaient accordées, avec le droit de les attaquer, au besoin, devant le *Jury constitutionnaire* ou *Sénat conservateur*. Mais Bonaparte, à qui Sieyès réservait le poste élevé de *proclamateur électeur*, fit comprendre un peu rudement[1] à son collègue combien une pareille situation lui déplairait; une liste civile considérable ne pouvait suffire à ses désirs. Sieyès perdit aussitôt « le reste de ses illusions constitutionnelles... Nous avons un maître, dit-il; il peut tout, il veut tout, il sait tout... et dès ce moment il termina volontairement son rôle[2]. »

Certaines parties du projet de Sieyès avaient pourtant souri à Bonaparte. Ce Corps législatif muet avait surtout ses sympathies, et il prévoyait, d'autre part, que ses vieux généraux ou les savants illustres dont il aimait à s'entourer, accepteraient volontiers la sinécure dorée de sénateurs[3]. Seul le Tribunat l'effrayait, car il craignait d'y rencontrer de l'opposition ; il l'accepta toutefois, mais avec de nombreuses modifications. Ainsi ses membres n'étaient plus nommés par le peuple, mais par le Sénat conservateur; l'initiative des lois était réservée au Conseil d'État; les tribuns pouvaient seulement les discuter et les attaquer au besoin devant le Corps législatif. C'était aller trop loin, car on privait ainsi le Tribunat du droit d'amendement, droit essentiel cependant pour toute autorité législative sérieuse. Que pouvait-il résulter et que résulta-t-il, en effet, de cette situation? Un vœu défavorable au projet de loi le plus important, alors qu'un article,

[1] « Croyez-vous que la nation verrait avec plaisir un c... dépenser 6 millions à Versailles sans rien faire? » (*Hist. parlem. de la Révol.*, t. XXXVIII, p. 284.)

[2] M. Mignet, *op. citat.*

[3] « Que voulez-vous être? disait-il à Rœderer (décembre 1799). Il ne faut pas songer aux conservateurs : *c'est un tombeau*. Cela est bon pour des hommes qui ont fini leur carrière ou qui veulent faire des livres. Laplace sera très-bien là, il pourra travailler; Berthollet sera très-bien aussi ; le général Hatry..... » Rœderer se souvenait peut-être de cette conversation lorsqu'il fut plus tard brusquement envoyé du Conseil d'État au Sénat. Il apprit sa nomination par le *Moniteur*. Lorsque le Premier Consul le vit, il lui dit en riant : « Eh bien! nous vous avons placé parmi nos pères conscrits. » « Oui, répondit gaiement Rœderer, vous m'avez envoyé *ad patres*. » (Sainte-Beuve, *op. cit.*, t. VIII, p. 366 et 379.)

Digitized by Google

qu'un mot seulement soulevait de l'opposition. Nous verrons que l'on dut combler bientôt une lacune si regrettable.

Le gouvernement alla même plus loin, et lorsqu'il s'agit de régler les rapports entre les pouvoirs publics, il proposa de décider que les projets de loi ne parviendraient jamais au Tribunat que par l'entremise du Corps législatif et que les Exposés des motifs eux-mêmes ne lui seraient pas renvoyés. De là deux inconvénients que signalèrent nos tribuns. Les sessions du Corps législatif duraient seulement quatre mois, d'après la Constitution, tandis que le Tribunat était seul juge du point de savoir s'il devait ou non se proroger[1]. « Si donc, « disait le tribun Duchesne, les lois ne pouvaient être com- « muniquées que par l'intermédiaire du Corps législatif, la « marche des affaires serait considérablement retardée. Un « long intervalle de huit mois serait, quant à la législation, « entièrement perdu pour la chose publique : il ne resterait « que quatre mois pour l'envoi, l'examen, la discussion et « la sanction des nouvelles lois, tandis qu'en suivant un « marche opposée, un immense travail se trouverait préparé « à la reprise annuelle des sessions du Corps législatif... On « vient de s'occuper d'un nouveau travail sur le Code civil ; « il est attendu avec la plus vive impatience ; son utilité est « généralement sentie. Si le gouvernement adopte ce travail, « pensez-vous, citoyens tribuns, que dans le court intervalle « d'une session du Corps législatif, vous aurez le loisir d'a- « bord de l'examiner et de le discuter dans toutes ses par- « ties, ensuite de présenter au Corps législatif des résultats « motivés[2]. »

De plus, les tribuns demandaient que les exposés des motifs leur fussent communiqués. « Pourquoi ceux qui font la « loi ou ceux que le peuple a chargés de la discuter seraient- « ils condamnés à ignorer les motifs de ceux qui la propo- « sent?... Nous devons être associés à la pensée du gouverne- « ment, comme il le sera toujours à la nôtre... Si les motifs « qui ont présidé à la formation d'un projet de loi sont un « secret pour vous, il arrivera quelquefois que vous rejet-

[1] Const. du 22 frimaire an VIII, art. 30 et 33.

[2] Séance du 15 nivôse an VIII (*Archives parlementaires*, t. Ier, p. 27).

Digitized by Google

« terez un projet qui eût obtenu votre assentiment, si ces « motifs vous eussent été connus[1]. »

Enfin, d'après le projet, le gouvernement avait le droit de fixer arbitrairement le jour de la discussion devant le Corps législatif, et le silence du Tribunat était regardé comme exprimant une approbation.

Les sentiments du Premier Consul à l'égard du Tribunat se manifestaient ouvertement dans ces propositions. « Ne semble-« t-il pas, s'écriait le tribun Benjamin Constant, que le gou-« vernement cherche à présenter, pour ainsi dire, des propo-« sitions au vol, dans l'espérance que nous ne pourrons pas « les saisir et leur faire traverser notre examen comme une « armée ennemie, pour les transformer en loi sans que nous « ayons pu les atteindre... Le Tribunat doit être consulté, et « le projet vous force à répondre sans que vous ayez aucune « réponse préparée. La Constitution jamais ne suppose votre « silence et le projet transforme votre silence en assenti-« ment... Mais, dira-t-on... si le Tribunat ne voulait pas ré-« pondre? Comment se fait-il que l'on vous prête des disposi-« tions insensées? Pourquoi ne craint-on pas aussi que le « Corps législatif ne veuille pas délibérer? Comment se fait-il « que les seuls hommes qui ont le droit de parler dans la « République soient précisément ceux contre lesquels on « entasse de si bizarres précautions[2]? »

Le Premier Consul n'avait pas, du reste, attendu si longtemps pour comprendre qu'il rencontrerait de l'opposition de la part des tribuns; ainsi, lorsqu'il voulut donner à Rœderer un poste de confiance, il le plaça au Conseil d'État en lui disant : « Vous entendez bien les affaires publiques, vous parlez bien, *vous êtes capable de faire face au Tribunat.* »

Quant au ressentiment qu'il éprouva à la suite des discours que nous venons de rapporter, l'histoire nous en a conservé des preuves irrécusables. La première se trouve sous la plume de ce même Rœderer. La discussion du projet de loi destiné à régler les rapports entre les pouvoirs publics s'était ouverte le 14 nivôse an VIII (4 janvier 1800) et dès le len-

[1] Séance du 14 nivôse (*eod.*, t. Ier, p. 19).
[2] *Archives parlementaires*, t. Ier, p. 32.

Digitized by Google

demain, il écrivait dans le *Journal de Paris* les lignes suivantes :

« Sait-on ce que c'est que le Tribunat?

« Est-il vrai que ce soit *l'opposition organisée?* Est-il vrai qu un tribun soit condamné à s'opposer toujours, sans raison et sans mesure, au gouvernement; à attaquer tout ce qu'il fait et tout ce qu'il propose; à déclamer contre lui quand il approuve le plus sa conduite?...

« Si c'était là le métier d'un tribun, ce serait le plus vil et le plus odieux des métiers... »

Ce langage des écrivains officieux nous montre la pensée exacte du maître, et l'on comprend l'importance de ces accusations lorsqu'on se rappelle qu'au témoignage de Mme de Staël, le *Journal de Paris* « avait une véritable dictature sur l'opinion publique[1] ».

Nous venons de nommer Mme de Staël; elle aussi eut à endurer les suites de la contrariété du Premier Consul. On n'ignore pas, en effet, les rapports qui existaient entre elle et Benjamin Constant; on prétendit donc qu'elle l'avait poussé à parler. Aussitôt la « bonne compagnie », qui était attachée au nouveau pouvoir, déserta son salon et se retira d'elle en même temps que la faveur du gouvernement... « Bonaparte gronda publiquement, nous dit-elle, son frère aîné Joseph, sur ce qu'il venait dans ma maison... et le ministre de la police, Fouché, me fit demander pour me dire que le Premier Consul me soupçonnait d'avoir excité celui de mes amis qui avait parlé au Tribunat. Je lui répondis, ce qui assurément était vrai, que M. Constant était un homme d'un esprit trop supérieur pour qu'on pût s'en prendre à une femme de ses opinions, et que d'ailleurs le discours dont il s'agissait ne contenait absolument que des réflexions sur l'indépendance dont toute assemblée délibérante doit jouir, et qu'il n'y avait pas une parole qui dût blesser le Premier Consul personnellement. Fouché me conseilla d'aller à la campagne et m'assura qu'en peu de jours tout serait apaisé. Mais à mon retour il s'en fallait de beaucoup que cela fût ainsi[2].» L'opposition

[1] Lettre du 22 novembre 1796.

[2] *Dix années d'exil*, ch. II.

Digitized by Google

du Tribunat fut le signal des mesures rigoureuses qui devaient frapper l'auteur de *Corinne*.

Le Premier Consul ne se gênait pas, du reste, pour manifester son mécontentement : « Ce sont des rois détrônés », dit-il un jour à Locré[1] ; et une autre fois, en plein Conseil : « Si l'on marche ainsi, je reprendrai mon sabre ».

Ces récriminations étaient-elles fondées et était-ce à bon droit qu'on accusait les tribuns de chercher à entraver systématiquement la marche du gouvernement ? Nous n'hésitons pas à répondre négativement ; et si nous voulons avoir le secret de leurs résistances, nous n'avons qu'à le chercher dans leur attachement aux idées de la Révolution française[2] et dans la crainte qu'ils avaient de les voir compromises par le Premier Consul. Écoutons, en effet, comment un historien de nos jours apprécie le caractère de l'ancien oratorien Daunou, que le Tribunat avait choisi à l'unanimité, moins deux voix, pour son président : « Il ne voulut sacrifier aucun des principes dont la conquête avait exigé tant d'efforts, coûté tant de sang. Il fut un de leurs derniers et constants soutiens[3]. »

Gardons-nous d'oublier d'ailleurs le caractère du Tribunat d'après la Constitution elle-même. « Il était, suivant une parole autorisée, le censeur-né des projets de loi présentés par le gouvernement ; l'opposition était sa mission officielle et un devoir de sa charge[4]. » Les tribuns s'étonnaient dès lors des plaintes gouvernementales. « La critique étant officielle, disait Mathieu[5], ne saurait être regardée comme inofficieuse ; » et un un autre : « Il y a loin de cet état (d'hostilité) à une contradiction juste, légitime, modérée. L'harmonie n'est point une parité de consonnances, elle résulte du contraste des divers sons.... Dans l'ordre social, ce contraste, c'est vous qui l'êtes. Le gouvernement a la puissance exécu-

[1] *Législation civile*, t. Ier, p. 85.

[2] « Il (Napoléon) parqua dans le Tribunat les restes de ces hommes dont les tronçons s'agitaient encore, et qu'il devait bientôt écraser sous son pied d'empereur. » (Timon, *Livre des orateurs*, première partie, livre II, ch. V.)

[3] M. Mignet, Notice sur Daunou, *op. cit.*, p. 314.

[4] M. Ch. Giraud, Notice sur Siméon, *loc. cit.*

[5] *Archives parlementaires*, t. Ier, p. 26.

Digitized by Google

tive; vous avez, vous, la puissance active. Le gouvernement a les yeux fixés sur le présent; vous, vous devez les avoir constamment fixés sur l'avenir[1]. » — « On sentira peut-être un jour, disait enfin Benjamin Constant, qu'il y avait en nous quelque dévouement et quelque mérite, — mais qu'on ne mutile pas nos discussions..... qu'on ne rende pas notre institution une chimère et la risée de l'Europe [2]. »

C'est en prenant ainsi leur mission au sérieux que les tribuns abordèrent l'examen des projets de loi les plus importants. C'est dans ces idées notamment qu'ils adoptèrent la loi du 4 germinal an VIII qui étendit la faculté de disposer. « Œuvre de réparation... dans ces jours de convalescence de l'ordre social[3] », cette loi prépara la rédaction de nos Codes, et, comme le dit très-bien le tribun Grenier, elle consolida la puissance paternelle, si ébranlée par les lois révolutionnaires. Ne craignez pas, disait-il, que les pères abusent jamais des droits qui leur sont reconnus, craignez plutôt les excès des fils : car, comme l'a dit Vauvenargues, « il suffit d'être homme pour être bon père et il faut être « honnête homme pour être bon fils [4] ».

Ainsi encore fut discuté un projet relatif à la liquidation des usufruits et autres droits viagers confisqués par la République[5]. Le Conseil d'État proposait d'autoriser les débiteurs de ces sortes de droits et les nu-propriétaires à racheter leur libération ou l'extinction de l'usufruit au moyen d'une prestation uniforme. Les tribuns firent observer qu'une pareille solution était inacceptable; on ne pouvait décider que

[1] Tribun Gillet, *Archiv. parlement.*, t. Ier, p. 29.

[2] *Archives parlementaires*, t. Ier, p. 33.

[3] Benech, *Quotité dispon. entre époux*, p. 64.

[4] *Archives parlementaires*, t. Ier, p. 480.

[5] Il était de tradition en jurisprudence que la confiscation prononcée contre l'usufruitier entraînait l'extinction de l'usufruit (Cujas, *Comment. ad legem* 29, *De legat. II*, édit. Neap., t. VII, col. 1130; Lapeyrère, *Décisions sommaires*, lettre C, n° 92). De semblables considérations n'étaient point capables d'arrêter la Convention dans ses mesures de rigueur contre les émigrés. L'article 21 du décret du 3 juin 1793 décida donc que, « *à l'égard « des biens et droits dont l'émigré avait l'usufruit, ils seraient donnés à « ferme pour le temps que la Convention nationale déterminerait pour la « durée des usufruits et rentes viagères appartenant aux émigrés* ».

Digitized by Google

l'usufruit reposant sur une tête fort âgée serait racheté par une somme égale à celle qu'aurait à verser le nu-propriétaire, en supposant l'usufruitier d'une extrême jeunesse[1]. Ils proposèrent donc d'établir des taux différents d'après des *Tables de probabilités*[2]. Le gouvernement comprit ces objections et retira le projet.

Les tribuns furent moins bien inspirés, lorsqu'ils contraignirent le gouvernement à retirer le projet de loi relatif au rétablissement des rentes foncières; ils craignaient, en effet, bien à tort d'y trouver des traces de la féodalité, et nous savons combien ils tenaient à conserver les institutions nouvelles. « Vous interpellerez avec sagesse et sans effort, disait le tribun Mathieu, les sentiments républicains; c'est une lyre qui résonne presque spontanément; mais ce serait pour courroucer, si, contre toute apparence, des vibrations despotiques venaient ébranler l'air qui l'environne[3]. » Le *Palais-Égalité*[4], affecté au Tribunat, était pour lui « le lieu où se formèrent les premiers groupes des amis de la liberté, sous la conduite de Camille Desmoulins[5] » .... « le berceau de la révolution, le lieu, en un mot, où, si l'on parlait d'une idole de quinze jours, on se rappellerait qu'une idole de quinze siècles a été brisée en un jour[6]. » Ainsi les tribuns repoussèrent un traité de paix avec la Russie dans lequel le rédacteur avait eu la malheureuse idée d'insérer ces mots : « Les deux gouvernements se promettent de ne pas

[1] On n'a pas oublié le célèbre fragment 68, Dig., *Ad. leg. Falcidiam*, XXXV, 2, où le jurisconsulte Æmilius Macer rapporte la façon dont Ulpien proposait d'estimer l'usufruit suivant l'âge de l'usufruitier. — Voir sur cette loi M. Giraud, *Introd. aux Éléments d'Heinneccius*, p. 284; Hugo, *Histoire du droit romain*, t. II, p. 99, traduct. Jourdan; Niebuhr, *Histoire romaine*, t. II, p. 190.

[2] Buffon avait publié en 1767 une table faite par Dupré de Saint-Maur d'après les registres des trois paroisses de Paris et des douze de la banlieue. Les tribuns proposèrent de s'en rapporter aux tables faites par Deparcieux (1746) et calculées d'après les décès des rentiers viagers de France. Le législateur moderne (loi du 18 juin 1850) devait leur donner satisfaction.

[3] *Archives parlementaires*, t. Ier, p. 26.

[4] *Palais-Royal*.

[5] *Archives parlementaires*, t. Ier, p. 11.

[6] *Eod.*, p. 18.

Digitized by Google

souffrir qu'aucun de leurs *sujets* se permette d'entretenir une correspondance quelconque... » Il n'en fallut pas davantage pour susciter des tempêtes. Le tribun Thibaut déclara qu'une république n'avait point de sujets, mais des citoyens; Marie-Joseph Chénier s'écria que « cinq millions « de Français étaient morts pour n'être plus sujets et que ce « mot devait rester enseveli sous les ruines de la Bastille ».

Nous avons hâte cependant de terminer ces considérations sur le rôle politique du Tribunat pour examiner en détail la part qu'il prit à la rédaction du Code civil. Afin d'aborder cette étude, nous ne saurions mieux faire que de rapporter les paroles énergiques par lesquelles, dès le 28 ventôse an VIII, le tribun Andrieux sommait le gouvernement d'en présenter au plus tôt le projet. Quelques paroles d'un conseiller d'État lui avaient fait craindre un retard, et il s'écriait : « On a eu le courage de nous dire qu'il fallait renoncer à réunir et à faire adopter à la fois un volume de lois, sous le nom de Code civil... que les assemblées nationales l'ont essayé inutilement... qu'on ne change pas tout à coup les lois d'une nation existant depuis plusieurs siècles, et qui présente une grande variété d'habitudes, de mœurs et de coutumes... Quoi ! l'on nous tient ce langage en l'an VIII... On nous dit froidement qu'il n'y a pas moyen de faire un Code civil. Mais la volonté nationale est qu'il en soit fait un, et jamais volonté générale ne fut plus clairement, plus énergiquement exprimée... Savez-vous qu'on suit encore en France les trois cent quatre-vingt-quatre Coutumes, qu'on y suit encore et le Digeste et le Code et les ordonnances, édits et déclarations de nos rois et toutes les lois intervenues depuis la Révolution? Savez-vous que le tribunal de cassation est encore obligé d'étudier et de suivre dans ses décisions ces mille milliers de lois différentes? C'est quand on a été juge à ce tribunal, qu'on a vu de près le chaos affreux où la justice est noyée ; c'est alors qu'on a senti la nécessité indispensable d'un Code civil et qu'on en forme le vœu pour ainsi dire à chaque instant[1]. »

[1] *Archives parlementaires*, t. Ier, p. 475. — Le tribun Andrieux devait plus tard devenir célèbre par son goût exquis pour la littérature. On connaît

Digitized by Google

Les paroles qui avaient effrayé Andrieux se rapportaient probablement à la manière dont devaient être votées plus tard les diverses lois dont l'ensemble forme aujourd'hui le Code civil. Quoi qu'il en soit, le gouvernement consulaire nomma, on le sait, le 24 thermidor an VIII, une commission chargée de rédiger un projet de Code. Soumis aux observations du tribunal de cassation et des tribunaux d'appel, le travail de cette commission fut discuté au Conseil d'État et trois projets furent présentés au Corps législatif. Celui-ci les communiqua officiellement au Tribunat, et un travail nouveau s'offrit ainsi à son activité. C'est sur ce point particulier que porteront désormais toutes nos recherches.

SECONDE PARTIE.

PARTICIPATION DU TRIBUNAT A LA RÉDACTION DU CODE CIVIL.

Aperçus généraux.

Les tribuns, saisis du projet de Code, se gardèrent bien de s'opposer à sa prompte rédaction : ils comprenaient combien la France avait besoin d'une loi qui fût, selon la parole de l'un d'eux, une œuvre de « transaction[1] » entre les principes nouveaux et les vieilles règles de notre droit français. Andrieux saluait donc avec l'enthousiasme du poëte le nouveau Code : « Loin de nous, s'écriait-il, la pensée d'apporter le moindre obstacle à l'achèvement de ce grand ouvrage, si nécessaire, si vivement désiré, si longtemps attendu[2] ! »

Est-ce à dire cependant que le Tribunat accepta les projets aussitôt qu'ils lui furent soumis? Non, et l'on put encore l'accuser d'opposition systématique, car il proposa successivement le rejet du titre préliminaire et du titre premier. Faut-il s'en étonner et n'est-il pas plus juste d'attribuer ces

de lui quelques jolies comédies, et chacun a appris son charmant apologue du *Meunier sans Souci*. Avant de siéger au Tribunat, Andrieux, qui avait étudié le droit et la jurisprudence chez un procureur, avait été juge au tribunal de cassation.

[1] Albisson, *Rapport au Tribunat sur le titre des Transactions ;* Locré, t. XV, p. 437.

[2] Locré, t. Ier, p. 420.

Digitized by Google

votes à l'impossibilité constitutionnelle où se trouvaient les tribuns de présenter jamais un amendement aux projets de loi qu'ils avaient à discuter? « Nous sommes placés sans cesse, disait Benjamin Constant, dans la pénible alternative ou de repousser pour un seul article des projets de loi dont toutes les autres parties sont sagement combinées, ou d'admettre une espèce de compensation en vertu de laquelle nous adoptons les projets qui contiennent plus de dispositions utiles que de dispositions défectueuses[1]. »

Le Premier Consul ne vit pas cette opposition d'un œil aussi favorable. Il avait assisté et coopéré à l'élaboration du projet de Code civil au sein du Conseil d'État; il rêvait peut-être de donner un jour son nom au grand œuvre qui s'accomplissait sous ses yeux; il ne pouvait donc souffrir le moindre obstacle... « Que voulez-vous faire s'écriait-il, avec des gens qui, avant la discussion, disaient que les conseillers d'État et les consuls n'étaient que des ânes et qu'il fallait leur jeter leur ouvrage à la tête?... Comment parvenir à s'entendre dans une assemblée qui discute sans bonne foi[2]? » Il résolut donc, pour éviter un nouveau vote de rejet à propos du titre II, de retirer les projets. « C'est avec peine, « dit-il dans son Message du 13 nivôse an X, que le gouver- « nement se trouve obligé de remettre à une autre époque « les lois attendues avec tant d'intérêt par la nation; mais « il s'est convaincu que le temps n'est pas venu où l'on por- « tera dans ces grandes discussions le calme et l'unité d'in- « tention qu'elles demandent. »

Le Sénat conservateur se chargea de débarrasser Bonaparte de ceux dont l'opposition l'avait le plus contrarié. Interprétant, selon les vœux du gouvernement, l'article 38 de la Constitution, il *élimina* vingt des plus opposants. Les principaux furent Marie-Joseph Chénier, Benjamin Constant, Daunou, Ginguené... Ils furent remplacés par vingt nouveaux membres plus dévoués au gouvernement, tels que Lucien Bonaparte.

[1] Fenet, *Trav. préparat. du Code civil*, t. VIII, p. 121.

[2] M. Thiers, *Hist. du Consulat et de l'Empire*, t. III, livre XIII, p. 350, édit. Paulin, in-8°, Paris, 1845.

Digitized by Google

Nous ne craignons pas de l'affirmer toutefois : si l'on s'en était tenu là et si l'on eût présenté de nouveau les mêmes projets de loi aux autorités législatives ainsi renouvelées, ils auraient pu sans doute obtenir une majorité suffisante ; mais ils n'auraient pas offert cet harmonieux ensemble de sages dispositions qui ont valu à notre Code civil le respect de la postérité et l'imitation des pays étrangers : ces projets de loi présentés au Tribunat étaient loin d'être parfaits, et malgré les observations du tribunal de cassation et des tribunaux d'appel, malgré la discussion consciencieuse à laquelle ils avaient donné lieu au Conseil d'État, ils présentaient encore bien des lacunes, bien des irrégularités. Nous devons donc nous féliciter des retards causés par la résistance du Tribunat; le gouvernement comprit en effet que les observations de ce dernier corps pourraient bien n'être pas inutiles, et il établit le principe de la *communication officieuse.*

Nous comprenons, en effet, combien il était fâcheux de voir les projets de loi encourir un vote de rejet; l'autorité du gouvernement en était diminuée, et l'on y trouvait un prétexte pour accuser les tribuns d'entraver la marche des affaires. On ne pouvait cependant, sous peine de rendre leur institution « la risée de l'Europe,[1] » exiger d'eux qu'ils approuvassent aveuglément des projets sur lesquels ils n'avaient pu donner leur avis. On résolut donc, suivant le vœu formé par le Tribunat dès le premier jour[2], d'établir des rapports directs entre lui et le Conseil d'État, et de soumettre à ses observations les projets de loi, avant de les présenter au Corps législatif. Il les examinait donc et signalait les modifications dont ils lui paraissaient susceptibles. Le Conseil d'État voyait s'il pouvait souscrire à ces vœux : une conférence s'engageait, présidée le plus souvent par l'archichancelier Cambacérès, et c'était après s'être ainsi presque assuré d'un vote d'adoption, qu'on laissait le Corps législatif *communiquer officiellement* le projet au Tribunat.

Ce principe de la communication officieuse était vraiment fort sage, car il donnait en réalité au Tribunat le droit d'a-

[1] *Archives parlementaires*, t. Ier, p. 33.
[2] *Eod.*, p. 27.

Digitized by Google

mendement et permettait au gouvernement de retirer un projet dont il pouvait prévoir le rejet. La loi mûrie, étudiée avec soin au Conseil d'État, était ainsi contrôlée par d'autres que ceux qui l'avaient rédigée : « Une discussion moins éclatante, mais plus approfondie, disait le tribun Siméon, qui laisse moins de champ aux talents oratoires, mais qui produit une utilité plus réelle, est maintenant le résultat des travaux du Tribunat. Comme Minerve, qui sortit tout armée du cerveau de Jupiter, la loi se présente pour subir ses dernières et publiques épreuves, épurée et perfectionnée par des épreuves particulières [1]. »

Cette réforme en appelait cependant une autre. Le nombre trop considérable des tribuns empêchait que leurs discussions ne fussent suffisamment pratiques [2]; on eut donc recours au système souvent fécond dans les assemblées parlementaires des *sections* ou *commissions* permanentes, composées d'hommes spéciaux. Par un arrêté du 11 germinal an X, le Tribunat divisa tous ses membres en trois sections : *section de législation*, *section de l'intérieur*, *section des finances*. Une pareille organisation ne pouvait que sourire à Bonaparte : il évitait ainsi, en effet, les discours violents et les discussions passionnées qui l'effrayaient avant tout, et le public ne connaissait qu'un simple rapport lu à l'assemblée générale du Tribunat, par un membre de la section de législation. Ce rapport, fait à la suite de la communication officielle, était toujours favorable au projet de loi, car la section de législation du Conseil d'État avait satisfait aux observations des tribuns ou elle les avait ralliés à ses propres idées. Une discussion était rarement soulevée à l'assemblée générale et elle se terminait en tout cas par un vœu d'adoption, que trois membres du Tribunat étaient chargés d'apporter au Corps législatif.

Ce nouveau genre de collaboration législative évitait sans doute de longs et souvent inutiles débats, mais il devait créer des difficultés à peu près insurmontables pour ceux qui voudraient étudier plus tard les travaux préparatoires de

[1] Locré, t. III, p. 216.

[2] On nous permettra de citer ce vers de la *Métromanie* (acte III, scène IX) :

Moins l'assemblée est grande et plus elle a d'oreilles.

Digitized by Google

nos lois. Le Premier Consul pouvait bien, en effet, mutiler dans un compte rendu analytique les discours qui ne convenaient pas à sa politique; il pouvait même, comme il le fit pour la discussion du titre Ier, refuser de l'insérer au *Moniteur*[1]; le Tribunat n'en avait pas moins le droit d'ordonner l'impression de tels discours, qu'il jugeait convenables et l'on a pu recueillir ces documents[2] pour rendre aux séances publiques de ce corps leur physionomie véritable. Dès que le Tribunat ne participa effectivement à la confection des lois que par ses sections et à la suite d'une communication simplement officieuse, on se trouve obligé, pour apprécier son rôle législatif, de se contenter du procès-verbal sommaire qui contient les observations présentées par la section de législation; le rapport officiel lu à l'assemblée générale et le discours prononcé au Corps législatif renferment seulement des considérations sur le mérite de la loi et n'expriment le plus souvent que la pensée personnelle de l'orateur. Quant à la discussion qui précédait nécessairement ces observations et à celle qui s'établissait entre les commissaires du Tribunat et ceux du Conseil d'État, nous n'avons pu en retrouver la trace[3]. Les Archives nationales ne renferment rien à ce

[1] Siméon, devenu comte Siméon, rappela plus tard ce fait à la Chambre des députés, lors de la discussion de la loi du 14 juillet 1819 (*Moniteur* du 16 mars 1819).

[2] Un ancien tribun, Favard de Langlade a, le premier, publié une collection complète des discours prononcés au Tribunat, dans la discussion publique du titre préliminaire et des deux premiers titres du Code (*Conférence du Code civil avec la discussion particulière du Conseil d'État et du Tribunat, avant la rédaction définitive de chaque projet de loi*, 8 vol. in-12, 1805). Fenet les a, plus tard, reproduits (*Recueil complet des travaux préparatoires ou motifs du Code civil*, 15 vol. in-8°, 1836). Le recueil de Locré (*Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, 31 vol. in-8°, 1826-1831) ne renferme sur ces trois titres que les rapports faits à l'assemblée générale du Tribunat par la commission chargée d'examiner le projet de loi et les discours prononcés au Corps législatif. Les éditeurs des *Archives parlementaires* (2e série, de 1800 à 1860, 28 vol. grand in-8°, 1862-1875) ont les premiers, à notre connaissance, publié dans leur entier les discours prononcés au Tribunat antérieurement à la discussion du Code civil; l'*Histoire parlementaire de la Révolution*, par MM. Buchez et Roux (40 vol. in-8°, 1835-1838), n'en donne que des lambeaux.

[3] En ce sens, on a pu dire que « les procès-verbaux contenant la discussion

Digitized by Google

sujet[1]; peut-être ces documents étaient-ils conservés aux Archives du Conseil d'État, qui, on ne l'ignore pas, ont été détruites par la Commune.

Quoi qu'il en soit, on reconnut bientôt les avantages du nouveau fonctionnement du Tribunat. Pouvait-il en être autrement? Un mot oublié, une phrase peu correcte ou peu claire échappe aisément à une assemblée qui délibère : on conçoit combien cela est rare lorsque les projets sont examinés ensuite par une seconde assemblée, alors surtout qu'il s'établit naturellement entre elles une légitime émulation. Combien de fois, en effet, le Tribunat n'indiqua-t-il pas, pour les projets qu'on lui présentait, une rédaction plus exacte ou même plus conforme aux règles grammaticales! Combien de fois ne fit-il pas preuve d'esprit pratique en montrant les résultats auxquels arrivaient les théories admises d'abord par le Conseil d'État ou en réclamant certaines réformes qui lui semblaient urgentes!

Ainsi, le projet de l'article 1156 était ainsi conçu : « *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties plus que l'expression grammaticale.* » Les tribuns firent observer qu'on dit *rechercher l'intention*, mais non *rechercher l'expression;* ils proposèrent la rédaction qui est passée dans le Code : « *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes*[2]. » S'occuper d'une simple virgule ne leur paraît pas indigne de leur attention, et ils en demanderont la suppression si la clarté de la phrase l'exige[3].

du Code civil au Tribunat n'ont jamais été publiés. » *Cours de droit civil français*, par MM. Aubry et Rau, 4e édit., § 10, note 5, t. Ier, p. 17.

[1] Les Archives nationales (*Assemblées politiques*) ne renferment que quatre cartons relatifs au Tribunat (C. XI, XIA, XIV, XIVA). Parmi les nombreuses pièces qu'ils renferment, nous n'en avons trouvé aucune inédite qui pût présenter quelque intérêt.

[2] Locré, t. XII, p. 262.

[3] Locré, t. XII, p. 251. — Une virgule est quelquefois fort importante; une virgule mal placée dans l'article 878 du Code de procédure a nécessité un arrêt de la Cour de cassation (*Req. rej.*, 17 janvier 1822, Sir. [c. n.] 7-1-12). Que de frais les rédacteurs du Code auraient évités aux parties par un peu plus d'attention!

Digitized by Google

De même c'est grâce à leurs observations que le délai pour la promulgation des lois se calcule par jour d'après la distance du chef-lieu du département (C. civ., art. 1er). Le Conseil d'État proposait, en effet, de le calculer au contraire par heures et d'après la distance du chef-lieu de la Cour d'appel[1], ce qui aurait amené ce résultat bizarre, signalé par Andrieux, qu'Auxerre étant à vingt myriamètres de Paris, mais dans le ressort de la Cour, Rouen à quatorze myriamètres, mais hors du ressort, la loi aurait été exécutoire à Auxerre dans trente-six heures et à Rouen dans soixante-six. Ainsi encore, devançant le législateur moderne, ils demandaient, par exemple, que les juges de paix pussent légaliser les actes de l'état civil[2]. Que n'a-t-on écouté plus souvent leurs sages observations ! Que de doutes auraient été évités, que de questions auraient été éclairées !

Mais ce ne fut pas seulement par des observations de détail que le Tribunat contribua à la rédaction du Code civil, il sut encore s'inspirer des principes généraux de la législation, soit qu'il proposât lui-même de nouvelles solutions, soit qu'il modifiât celles adoptées déjà par le Conseil d'État. C'est sur cette participation d'un genre plus élevé que porteront désormais nos développements.

Avant de parcourir les diverses parties de la loi, afin de montrer l'influence du Tribunat, jetons un coup d'œil sur les membres qui le composaient et en particulier sur ceux de la section de législation : signalons en même temps les doctrines philosophiques ou économiques qui inspiraient les principaux tribuns.

Par un heureux concours de circonstances, les membres de notre section de législation représentaient, avec une autorité incontestable, les lois et les coutumes qui régissaient la France avant 1789.

[1] Locré, t. Ier, p. 562. — Ces précisions n'ont rien perdu de leur intérêt par suite du décret du 5 novembre 1870, l'article 1er du Code civil s'appliquant encore, par une bizarrerie inexplicable, aux lois et décrets promulgués dans le *Bulletin des lois*. — MM. Gabriel Demante, *Rev. crit.*, 1872, p. 130, et Valette, *Cours de Code civil*, in-12, *Avant-Propos*, p. 7.

[2] Locré, t. III, p. 162. — On sait que ce progrès a été réalisé par la loi du 2 mai 1861.

Digitized by Google

A côté des représentants du droit coutumier, en effet, tels que Chabot de l'Allier, Faure et Favart, les pays de droit écrit pouvaient revendiquer Siméon « parent de talent, de patrie, de famille avec l'illustre Portalis[1] »; Albisson, ancien membre du tribunal d'appel de Montpellier; Gary, de Toulouse; Jaubert, de Bordeaux, et Tarrible, d'Auch, le futur collaborateur de Merlin. Tous avaient puisé, soit dans des études sérieuses, soit dans la pratique des affaires, une connaissance approfondie du droit. Grenier, après avoir exercé pendant longtemps la profession d'avocat, avait été l'un des rédacteurs du projet de Code civil présenté par Jacqueminot, après le 18 brumaire, aux commissions législatives. Andrieux et Goupil-Préfeln avaient siégé comme juges au tribunal de cassation, Faure avait été substitut de l'accusateur public, Jaubert et Siméon avaient enseigné le droit romain, le premier à Bordeaux, le second à Aix.

La science juridique ou la connaissance exacte des diverses législations ne suffit pas, toutefois, si on la sépare de deux auxiliaires bien puissants : la philosophie et l'économie politique. Celle-là permet au jurisconsulte de s'élever au-dessus des textes, celle-ci empêche qu'il ne s'égare dans les considérations théoriques, en le ramenant à l'application des principes qu'il formule. Nous devons donc, pour être complet, montrer ces deux sciences présidant aux délibérations du Tribunat et inspirant à ses membres la plupart de leurs observations et de leurs amendements.

Le lecteur n'ignore pas la faveur qu'obtinrent, à la fin du XVIIIe siècle, les études philosophiques et économiques. Les premières, réservées jusque-là aux esprits supérieurs, aux Bossuet, aux Pascal, aux Fénelon, aux Domat, pour ne parler que du XVIIe siècle, furent alors abordées un peu par tout le monde. Des hommes, se parant du manteau de la philosophie, se présentèrent même pour instruire le peuple; mais, comme on l'a dit avec justesse, ce n'étaient souvent que de « beaux esprits[2] », capables seulement de séduire leurs trop nombreux disciples : Voltaire, par sa philosophie

[1] Laferrière, *Hist. au droit français*, t. II, p. 538, 1re édit.
[2] Rodière, *les Grands jurisconsultes*, p. 367.

Digitized by Google

légère, sceptique, railleuse; J. J. Rousseau, par son style enchanteur, qui déguise à peine son peu de conviction. Les notions de droit public furent accueillies avec empressement par une société « qui aspirait fortement à rompre, pour ainsi dire, sa vieille écorce [1] »; Montesquieu publia son *Esprit des lois*. Les idées de réforme se répandirent et le droit criminel dut renoncer à ses anciennes rigueurs; Filangieri écrivit sa *Science de la législation*, et Beccaria son livre *Des délits et des peines*. A la même époque l'économie politique était acceptée comme science. La France n'avait pas compris Vauban; elle suivit Quesnay et Turgot.

On le l'ignore pas, toutefois, ce ne fut pas sans réclamations que les notions philosophiques furent ainsi vulgarisées et que l'économie politique devint l'objet d'un enseignement spécial [2]. Au surplus, ces embarras se reproduisent « toutes les fois qu'une science nouvelle vient déranger le classement établi et demande à prendre rang dans la famille scientifique [3] ». De ces résistances, parfois exagérées, naissent cependant des exagérations en sens contraire; on veut s'opposer au courant qui emporte l'opinion publique, et ceux qui sont à la tête du mouvement n'en sont que plus excités à marcher en avant. Heureuses fluctuations que permet la Providence! La résistance enraye les plus fougueux et les empêche de s'égarer dans des utopies souvent dangereuses, et la science n'en continue pas moins toutefois sa marche progressive; elle découvre des horizons nouveaux, des champs inconnus, qu'elle pourra laisser en friche, mais qu'elle aura toujours montrés aux siècles à venir. Ce sont ces luttes, ce progrès des doctrines nouvelles, d'autant plus audacieuses qu'elles étaient plus combattues, que nous retrouvons au sein du Tribunat. Devons-nous en être surpris? ce corps ne renfermait-il pas les représentants les plus autorisés de ce XVIIIe siècle qui expirait? Là siégeait Bernardin de Saint-Pierre,

[1] Rossi, *Cours d'économie politique*, 2e leçon.

[2] L'enseignement officiel de l'économie politique fut inauguré en France, en 1795, à l'Ecole normale supérieure par Vaudermonde. Voir M. Baudrillart, Acad. des sc. morales (*Journal officiel*, 1er octobre 1873).

[3] Rossi, *loc. cit.*

Digitized by Google

ici paraissait l'un des pères de la science économique en France, J. B. Say.

La philosophie de J. J. Rousseau comptait de nombreux partisans au sein du Tribunat. C'est ainsi que l'un admet l'état de nature : « Dans l'état de nature, dit-il, l'homme n'avait pas le droit de propriété, il ne pouvait donc le transmettre quand il mourait[1]. » L'autre se demande si l'homme ne naquit pas originairement en société et si « elle n'est pas un bienfait que le ciel lui accorda avec l'existence[2] ». Celui-ci déclare qu'il ne s'occupera pas de l'état de nature, « qui n'est qu'une pure abstraction et dont l'existence *possible* est un problème pour l'écrivain *bien cher d'ailleurs aux âmes sensibles*, qui l'a assez préconisé pour en faire la base ou tout au moins la première donnée d'un système sur l'échelle sociale[3]; » celui-là s'écrie : « Le philosophe de Genève a dit quelque part, dans un esprit de satire et de dénigrement, que les lois civiles semblaient faites pour maintenir le riche dans son opulence et l'indigent dans sa pauvreté, et cette censure, aussi injuste qu'amère des lois les plus importantes, est une des plus déplorables erreurs où l'amour de la déclamation ait entraîné ce beau génie[4] ».

Ainsi la philosophie nouvelle est discutée; les uns l'adoptent dans son entier, d'autres la repoussent; tous cependant professent une sorte de culte pour l'auteur du *Contrat social*. Quelques-uns partent de ces principes pour ne pas reconnaître de droit naturel, c'est-à-dire de droit antérieur et supérieur aux textes, tandis que d'autres, élevés à l'école de Domat, proclament l'existence de ce droit « gravé dans nos âmes, d'où découlent, comme de leur source, ces éternelles notions de justice et d'équité qui font la base essentielle de toutes les conventions, de toutes les obligations, de tous les

[1] Chabot de l'Allier, *Rapport au Tribunat sur le titre des Successions;* Locré, t. X, p. 213.

[2] Siméon, *Discours au Corps législatif sur le titre des Successions;* Locré, t. X, p. 276.

[3] Albisson, *Discours au Corps législatif sur le titre de la Puissance paternelle;* Locré, t. VII, p. 80.

[4] Carion-Nisas, *Discours au Tribunat sur le titre du Contrat de mariage;* Locré, t. XIII, p. 410.

Digitized by Google

engagements[1]». Cette dernière doctrine devait prévaloir nécessairement dans la section de législation du Tribunat; s'il en eût été autrement, les jurisconsultes qui la composaient eussent été indignes de ce beau nom. Ils manisfestèrent leurs sentiments dans plus d'une circonstance que nous aurons occasion de signaler dans la suite de ce travail. On nous permettra cependant d'en rapporter déjà une. Le Conseil d'État avait communiqué officieusement à la section de législation du Tribunat le projet relatif au titre *Du mariage*. Aux termes de l'article destiné à devenir plus tard l'article 172 du Code civil, le droit de faire opposition au mariage «*était accordé* à la personne engagée par mariage avec l'une des parties contractantes.» Les commissaires du Tribunat proposèrent et firent accepter la disposition définitive aux termes de laquelle le droit de faire opposition *appartient*[2]... Que l'on ne s'y trompe pas, cette modification n'était pas un simple changement de mots, c'était la consécration d'un droit supérieur à la loi civile, droit que le législateur a le devoir de reconnaître et de sanctionner.

Mais quel que fût le crédit de Rousseau auprès des tribuns, son autorité était loin d'égaler à leurs yeux celle de Montesquieu. On aurait dit vraiment que l'auteur de l'*Esprit des lois* avait reçu le droit de *jura condere*. On le cite, et ceux à qui on l'oppose, loin de s'élever jusqu'au principe lui-même, pour contester la solution de Montesquieu, se contentent d'expliquer en leur faveur le passage du grand homme, comme le ferait un avocat, en présence d'un texte de loi. Que de fois, par exemple, lors de la discussion du titre premier, on cita le jugement du célèbre publiciste qualifiant d'*insensés* les droits d'aubaine et de naufrage! Ceux qui se sentirent le courage de réfuter cette objection se contentèrent de dire que, si insensés que fussent ces droits, il était de l'intérêt d'une nation de ne pas les abolir, tant que les autres nations, ses voisines et ses rivales, les conserveraient.

N'est-ce pas à Montesquieu que les tribuns empruntaient

[1] Lahary, *Discours au Corps législatif sur le titre du Cautionnement*; Locré, t. XV, p. 372.
[2] Locré, t. IV, p. 453.

Digitized by Google

cette distinction des trois pouvoirs, à laquelle ils craignaient tant de porter atteinte et qu'ils rappelèrent si souvent dans la discussion du titre préliminaire? N'est-ce pas à son école qu'ils avaient étudié le droit privé et le droit public de l'Angleterre? N'est-ce pas au grand publiciste qu'ils doivent ces idées générales sur l'ensemble de la législation, ces aperçus synthétiques qui leur permettent de ramener à une seule idée les diverses dispositions d'une même matière, et enfin cette façon à la fois claire et saisissante de présenter les divers arguments qui militent en faveur de leur opinion? Quelles doivent être, par exemple, en supposant le divorce admis, les *causes à déterminer* par le législateur? Le tribun Gillet les ramène à une seule : la rupture de l'indivisibilité qui doit exister entre époux (*individua vitæ consuetudo*). Passant ensuite aux détails, il nous montre le traité détruit, soit par l'adultère de la femme qui rompt l'indivisibilité de la famille, soit par l'adultère du mari qui vient jusque dans la maison commune, briser l'indivisibilité de la vie domestique, soit enfin par une condamnation à une peine afflictive ou infamante qui ne laisse plus subsister l'indivisibilité de tous les droits sociaux[1].

Aussi bien, si l'autorité de Montesquieu était incontestée au sein du Tribunat, et si l'on s'inclinait devant son nom, on peut remarquer que le zèle de ses disciples n'était point partagé par tous. Ainsi, dès la seconde séance (12 nivôse an VIII), à la lecture du procès-verbal, un membre s'écrie : « Puisque nous avons l'honneur d'être Français, prouvons que nous sommes dignes de ce beau nom. Nous pouvons trouver parmi nous et dans notre propre histoire des exemples assez remarquables, sans aller en puiser chez nos plus cruels ennemis. Assez longtemps on nous a cité les Grecs et les Romains pour tirer de leurs exemples des inductions fausses, pour faire de leurs institutions de dangereuses applications à notre état politique. Hier on vous a cité des exemples tirés de l'Angleterre et de ses lois, et aujourd'hui votre procès-verbal fait une longue mention de ces citations et de ces rapproche-

[1] *Discours au Corps législatif sur le titre du Divorce;* Locré, t. V, p. 375.

Digitized by Google

ments. Je crois qu'il ne convient pas que le procès-verbal d'une séance de tribuns français apprenne qu'on a cité devant eux comme des exemples et des modèles à suivre les usages et les lois anglaises[1] ». On répond à cette observation en invoquant l'autorité de Montesquieu. « L'auteur de l'*Esprit des lois* assigne comme une des causes de la prospérité et de la grandeur des Romains l'habitude où était ce peuple de puiser ses exemples chez ses voisins, même chez ses ennemis..... Pourquoi ne ferions-nous pas de même?... » Les tribuns ne pouvaient manquer de s'incliner devant un pareil argument; le procès-verbal fut adopté.

La philosophie des tribuns était donc celle du XVIIIe siècle, et c'est aux publicistes de cette époque qu'ils avaient emprunté leurs principales idées sur le droit civil et sur le droit public. C'est encore à leur école, et ici nous serons nécessairement très-brefs, qu'ils avaient puisé leurs principales idées sur le droit pénal. Nous trouvons sur leurs lèvres des citations nombreuses de Beccaria. Favorables à l'abolition de la peine de mort[2], ils n'acceptent qu'avec les plus vives protestations la création d'un tribunal criminel spécial[3], ils se prononcent contre les peines perpétuelles en général[4] et contre la confiscation qui ne devait être abolie, nous le savons, qu'en 1814[5]. Nous entendrons bientôt leurs réclamations contre la mort civile et la dissolution du mariage qu'elle opère; nous verrons qu'ils en préservent du moins le contumax, tant que les cinq années de grâce ne sont pas écoulées.

Mais, à côté des études philosophiques pures, nous savons que les études économiques reçurent au XVIIIe siècle une grande extension, et nous ne serons pas surpris de trouver le nom des A. Smith et des Turgot à côté de ceux de Rousseau et de Montesquieu. Il semble même que les idées des tribuns sur ce point étaient plus précises peut-être et plus personnelles. L'économie politique a, en effet, cet avantage que

[1] *Archives parlementaires*, t. Ier, p. 17.
[2] Fenet, t. VII, p. 291.
[3] *Archives parlementaires*, t. II, p. 302.
[4] Fenet, t. VII, p. 545.
[5] Locré, t. II, p. 273.

Digitized by Google

chacun en a, par la pratique de la vie, une notion particulière, de telle sorte qu'on est moins disposé, à propos des questions qu'elle soulève, à accepter les théories d'autrui. Ces études sont d'ailleurs moins élevées, la statistique y occupe une place importante et y tient souvent lieu de raisonnement.

Nous ne dirons pas que le Tribunat représentait un système économique particulier; chacun de ses membres avait à peu près ses idées; il nous suffira donc de montrer les principales à l'occasion. Mais il est intéressant de signaler, dès à présent, les tendances envahissantes qu'avait déjà l'économie politique. C'est là, nous l'avons dit, le caractère de toute science nouvelle. Le législateur ne doit pas cependant se laisser guider uniquement par les données de l'économie politique; il doit encore négliger parfois les intérêts matériels pour prendre en considération les intérêts moraux et faciliter ainsi à tous les citoyens l'accomplissement de leurs devoirs. L'homme, en effet, ne vit pas seulement de pain, selon la parole divine [1].

Or, nous sommes heureux de le constater, plusieurs membres du Tribunat comprirent que la France avait besoin de l'économie politique pratique plutôt que de la théorie pure; étudions rapidement ce contraste frappant entre les zélés de la science et ceux qui ne partageaient pas leur ardeur.

Les légitimes préoccupations des tribuns pour l'industrie française et pour les produits de nos manufactures, se manifestèrent surtout lors de la discussion du titre premier, relativement aux droits que l'on devait accorder aux étrangers. Ils montrèrent alors combien le droit d'aubaine notamment pouvait nuire à notre industrie en empêchant les étrangers de s'établir en France et d'y apporter leurs capitaux. « C'est « dans la science de l'économie politique, disait à ce propos « Ganilh, qu'il faut puiser tous les principes de notre légis- « lation[2]. » — Mais, à côté de ces partisans de la science nouvelle, nous trouvons les jurisconsultes, qui défendent la propriété foncière et résistent à ceux qui ne veulent s'occuper que de l'industrie : ici c'est le tribun Curée qui raille agréablement ceux qui accusent d'ignorance les législateurs anciens,

[1] Matth., IV, 4.
[2] Fenet, t. VII, p. 266.

Digitized by Google

« parce qu'ils croyaient que le grand art de conduire les peuples, ou même de les régénérer, ne consiste pas tant à « les rendre riches, puissants, redoutables par la force de « leurs armées, ou par le nombre de leurs vaisseaux, qu'à « les porter par l'influence des lois, des institutions, et des « grands exemples à être tous équitables, modérés, à écarter « loin d'eux tout ce qui pourrait les corrompre et tout ce « qui tendrait à fomenter un luxe corrupteur[1]. » Plus loin, c'est Carion-Nisas qui, défendant le régime dotal, combat « ces raisonneurs intrépides qui ne voient guère la société « que chez les notaires et les agents de change, aux hypothè- « ques ou à la Bourse »; il cite même à ce propos une phrase assez curieuse de d'Argenson : « La science politique de « l'intérieur des États, disait ce publiciste, est retombée dans « l'enfance depuis qu'on ne connaît plus que ces deux termes « vides de sens ou peu entendus par ceux qui en parlent le « plus : *circulation*, *crédit*. Ce sont là, continue-t-il, des effets « et non des causes; vouloir procurer une vaine circulation « à l'argent et aux effets qui le représentent, c'est comme « donner de la fièvre au malade pour l'animer. Telle serait « la folie d'un petit souverain qui, ayant remarqué que les « rues d'une grande ville sont toujours remplies d'un peuple « innombrable qui va et vient pour ses affaires, croirait que « toute la force des villes consiste dans ce concours tumul- « tueux et obligerait ses peuples, par une ordonnance ex- « presse, à aller toujours par les chemins. » Carion-Nisas termine en faisant remarquer que ce n'est point lui, mais d'Argenson qui parle aussi irrévérencieusement « des dogmes « les plus sacrés de l'économie politique[2] ». Il conclut en s'élevant contre la *volatilisation* de la fortune : rien n'est plus funeste, rien n'est plus odieux; il en résulte, en effet, une société toujours en tourmente et qui ne se soutient que par l'agiotage, la prospérité subite des uns insultant au malheur imprévu et souvent immérité des autres. Obéissant aux mêmes sentiments et se rattachant ainsi à la doctrine des physiocrates, Albisson proclamait l'agriculture « seule vraie nour-

[1] Fenet, t. VII, p. 418.
[2] Locré, t. XIII, p. 413.

Digitized by Google

« ricière du genre humain [1] », pendant que Jaubert affirmait que « notre système politique a pour première base la pro-« priété foncière [2] ».

Le mouvement de la population, autre sujet de préoccupation pour les économistes, avait également été étudié par les tribuns. Malthus avait à peine publié ses *Essais sur le principe de la population* [3] et, sans se rattacher au système du publiciste anglais, Carion-Nisas combattait l'opinion qui considère la population « comme le thermomètre infaillible « de la prospérité et de la force des États. Si ce principe était « vrai, dit-il, la Chine serait le pays du monde le plus heu-« reux, le plus fort, ce qui est suffisamment démenti par les « faits [4]. »

Au reste, et c'est là une observation qui devrait être répétée bien souvent, les tribuns étaient loin de considérer toutes les doctrines économiques comme d'inflexibles théories que ne peuvent changer les temps et les circonstances : « Si « les passions des hommes n'offusquaient pas continuellement « leur raison, disait le tribun Savoie-Rollin, il serait possible « peut-être d'assimiler l'économie politique à une science « exacte et de n'assujettir ses problèmes qu'à des solutions « rigoureuses; mais les passions humaines sont le terrain « mouvant sur lequel il faut, malgré nous, asseoir nos édi-« fices. Les voulez-vous inébranlables? Ce vœu est insensé [5]. » On le voit, la distinction entre l'économie politique théorique et la science appliquée, avait été comprise au sein du Tribunat.

Nous arrêtons ici ces aperçus d'ensemble sur les opinions philosophiques ou économiques des tribuns, nous réservant, à propos de chaque matière, d'examiner leurs idées personnelles. Il nous suffira de dire en terminant que ces opinions étaient exposées par les tribuns dans un langage

[1] Locré, t. VIII, p. 381.

[2] Locré, t. XIV, p. 459.

[3] Le livre de Malthus, publié, en 1798, en Angleterre, n'a été édité en France qu'en 1803; le discours de Carion-Nisas est du 19 mars de la même année.

[4] Locré, t. V, p. 355.

[5] Locré, t. V, p. 337.

Digitized by Google

toujours correct, parfois même élégant. Quelques-uns, comme Duveyrier, s'élevaient à une éloquence grande et magnifique, pendant que Savoie-Rollin s'adressait au cœur de ses auditeurs et que Carion-Nisas frappait leur imagination. Pourquoi faut-il qu'ils n'aient pas su résister aux tendances contemporaines, et que n'ont-ils tous répudié l'enflure prétentieuse du commencement de notre siècle? C'est ainsi que le tribun Mathieu, à propos de la diversité nécessaire des opinions, disait : « Je me les peins sous l'image des âmes « vertueuses qui se promènent sans ordre comme sans con- « fusion dans les Champs-Élysées[1]. »

Tels étaient les membres du Tribunat et telles étaient leurs doctrines, au moment où ils allaient aborder les graves problèmes de la législation civile. Nous pourrons maintenant parcourir avec plus de fruit les diverses parties du Code en signalant les solutions principales dues à l'initiative des tribuns. Nous nous arrêterons surtout aux titres qui ont soulevé les plus grandes controverses et à propos desquels la science hésite encore pour savoir si elle doit approuver ou non la doctrine admise par le législateur. JOSEPH BRESSOLLES.

[1] *Archives parlementaires*, t. Ier, p. 25.

(*A suivre.*)

Digitized by Google

L'APPEL DES JUGEMENTS CORRECTIONNELS ET LA LOI DU 13 JUIN 1856.

Par M. Henri PASCAUD, juge d'instruction à Sancerre.

L'idée essentielle sur laquelle se fonde le principe de l'appel, c'est qu'il faut donner des garanties efficaces à la justice, protéger l'inculpé contre l'erreur possible du juge, et défendre la société contre les défaillances de la répression. L'appel d'un jugement, qu'il soit interjeté par le prévenu ou par le ministère public, n'est, en somme, qu'un moyen pour arriver à la découverte de la vérité. Le même procès est soumis à l'épreuve d'une discussion nouvelle, est déféré à l'appréciation de magistrats nouveaux, et cet examen permet de réformer les décisions erronées ou trop indulgentes qui auraient pu porter préjudice à l'inculpé ou à l'ordre social. Tel est le but de l'appel : c'est sans doute à raison de la justesse indéniable des considérations que nous venons de développer, que presque tous les peuples européens l'ont admis dans une large mesure, pour les infractions passibies de peines correctionnelles. Une seule nation, à notre connaissance, l'Autriche, dans son Code d'instruction criminelle de 1873, a restreint la faculté d'appeler à l'application de la peine et aux intérêts civils.

Des principes que nous venons d'exposer découle cette conséquence, qu'en appel l'instruction de l'affaire, faite par les premiers juges, doit être reprise dans son intégralité. Le second degré de juridiction n'étant en effet qu'un second examen de la prévention, il s'ensuit que cet examen doit être complet et identique à celui qui a été fait en première instance; que le magistrat d'appel doit envisager la cause sous toutes ses faces et dans toutes ses parties, et qu'enfin il y a lieu pour lui d'employer tous les moyens de vérifier ou de découvrir la vérité que la loi met à sa disposition. Ainsi donc on devra appliquer en appel les mêmes formes de procédure que devant les premiers juges : car il est évident que le second examen d'une affaire ne peut avoir d'efficacité que s'il se fait dans les mêmes conditions et sous l'empire des mêmes règles

Digitized by Google

que le premier. Si l'on procédait autrement, dit M. Faustin Hélie, « ce ne serait plus une nouvelle épreuve, un nouveau « débat; ce serait seulement une espèce de révision som- « maire qui s'attacherait aux formes de la procédure plus « qu'au fond de la prévention. Dès qu'il s'agit d'un second « degré de juridiction, il faut que l'instruction passe par les « mêmes phases; dès qu'il s'agit de la garantie d'un double « jugement, il faut que toutes les formes du jugement soient « appliquées en appel comme en première instance. »

Ce que l'éminent criminaliste dit d'une façon générale de toutes les évolutions de la procédure est, selon nous, spécialement applicable à l'audition des témoins. Il est indispensable, en effet, d'entendre les témoins devant la juridiction d'appel, à peine de voir le nouvel examen auquel est soumise la cause avorter misérablement et produire les conséquences les plus iniques et les plus fausses. Cette audition doit être obligatoire et non pas seulement facultative, comme elle l'est aujourd'hui. Autrement, les Cours d'appel, avec les meilleures intentions du monde, continueraient à pratiquer, en cette matière, l'abstention à laquelle nous regrettons de les voir s'adonner presque constamment.

L'audition des témoins en appel semble donc être la condition primordiale d'une justice éclairée. Cependant, nous devons le reconnaître, la pratique, sur ce point, est dans un désaccord flagrant avec les principes. Est-il donc des erreurs législatives dont le domaine soit, pour ainsi dire, universel? On est tenté de le croire lorsqu'on examine les dispositions des lois d'instruction criminelle qui se rapprochent le plus de notre législation. La Belgique, qui a su plus d'une fois améliorer la procédure que nous lui avons léguée, en est restée sur ce point, aux vieux errements de 1808. Les appels de police correctionnelle se jugent sur rapports; les Cours ne sont point obligées d'entendre les témoins : elles statuent souverainement sur l'utilité de cette audition. C'est également sur rapports que les appels correctionnels se jugent en Allemagne et en Russie; la Cour d'appel et la Cour de justice peuvent entendre des témoins, quand les parties ou le ministère public le requièrent, mais à elles seules appartient l'appréciation souveraine de la question.

Digitized by Google

En France aussi, les lois qui ont réglementé cette matière depuis 1789 ont admis uniformément l'audition facultative des témoins. « Les témoins, s'il est jugé nécessaire, seront « de nouveau entendus », disait la loi des 19-22 juillet 1791 dans son article 68. Aux termes des articles 199 et 200 du Code du 3 brumaire an IV, l'appel devait être jugé sur rapport; les témoins pouvaient être entendus de nouveau, si le prévenu ou l'accusateur public le requéraient. Enfin le Code d'instruction criminelle de 1808 disposa que l'appel serait jugé sur rapport et que, lorsque le ministère public ou l'une des parties le requerrait, les témoins pourraient être entendus de nouveau, et qu'il en pourrait même être entendu d'autres (art. 209, 211, 175).

Depuis cette époque, une jurisprudence constante a affirmé cette doctrine que la partie publique et le condamné n'avaient pas la faculté de faire entendre des témoins si le tribunal d'appel, souverain appréciateur de l'utilité de cette audition, ne les y autorisait point. Les greffiers des tribunaux correctionnels tenaient sur leur plumitif la note plus ou moins complète des débats de première instance. La juridiction d'appel pouvait y trouver quelques éléments assez peu solides de décision. En dehors de ce moyen de preuve, elle avait l'instruction écrite, sur laquelle se formait largement sa conviction, au risque d'arriver ainsi à la suppression presque complète des débats oraux. Toutefois le peu de régularité et de certitude des notes d'audience contraignait les tribunaux d'appel à recourir quelquefois aux preuves orales, à entendre de temps à autre des témoins, quand, par exemple, une affaire avait changé de face depuis la clôture de l'instruction, pendant les débats de première instance. Des documents officiels affirment que durant les dernières années où le régime du Code de 1808 fut en vigueur, on entendait en moyenne des témoins dans trois affaires sur cent. Nous n'avons pas qualité pour contester l'exactitude de cette assertion; mais il est facile de se rendre compte des causes qui réduisaient dans de telles proportions le nombre de témoignages produits devant les tribunaux d'appel. La nécessité d'obtenir une autorisation pour faire citer les témoins soit avant les débats, soit au cours de l'instance d'appel, autorisation qui

Digitized by Google

s'accordait difficilement et se refusait presque toujours, devait amener la suppression à peu près complète des preuves orales. Aucun prévenu n'osait faire assigner ses témoins à l'avance, exposé qu'il était, si l'on refusait de les entendre, à voir augmenter sans profit les frais mis à sa charge.

Telle était la situation lorsque la loi du 13 juin 1856 fut promulguée. Une disposition nouvelle, étrangère au Code de 1808, devait encore aggraver l'état des choses. Le législateur prescrivit au greffier de première instance de tenir la note exacte des déclarations des témoins et des réponses du prévenu, et édicta que les notes d'audience devaient être visées par le président, dans les trois jours de la prononciation du jugement. C'était élever officiellement ces notes d'audience à la hauteur d'un moyen de preuve légale; c'était substituer l'écriture au témoignage, l'abstraction aux débats concrets et vivants de la procédure orale. Le résultat ne se fit pas attendre : depuis la mise en vigueur de la loi de 1856, les Cours d'appel ont presque entièrement éliminé de leurs débats l'audition des témoins : elles jugent sur pièces [1].

C'est là, il faut le proclamer hautement, un vice considérable dans notre législation. Quels obstacles si grands, quelles objections si insurmontables empêchent donc le juge d'appel d'entendre les témoins et de faire jaillir du débat oral la vérité qui doit éclairer sa décision? On dit que l'audition des témoins est dispendieuse, qu'elle entraîne des frais élevés, et qu'il faut savoir rendre la justice avec économie. Sans doute le magistrat doit s'abstenir avec soin de multiplier les frais inutiles. Mais lorsqu'il s'agit de la réputation, de l'honneur, des intérêts les plus graves de l'homme, peut-on hésiter devant la dépense d'une misérable somme d'argent? N'est-ce point compromettre le prestige de la justice pour des causes bien minimes que d'exposer les juges d'appel à

[1] Nous avons vu refuser par une Cour d'appel dont nous ne ferons pas connaître le nom, l'audition d'un témoin non assigné en première instance qui devait déclarer que la prévenue avait *acheté* l'objet qu'on l'accusait d'avoir *détourné*, et faire ainsi tomber une prévention d'abus de confiance. Tout cela parce que ce témoin avait encouru une condamnation à dix-huit ans de prison. Comme *à priori* cette condamnation avait pour conséquence d'annihiler la valeur du témoignage!

Digitized by Google

rendre des décisions erronées, faute d'avoir à leur disposition les mêmes éléments d'information que les magistrats de première instance? Laissons donc de côté le point de vue des frais : l'argent n'est rien lorsqu'il s'agit des intérêts éternels de la justice, et c'est ravaler indignement la question qui nous occupe que de l'envisager par ce côté mesquin.

On ajoute que l'audition des témoins est le plus souvent inutile. La statistique a démontré qu'avant la loi de 1856 on entendait des témoins dans trois affaires sur cent. C'est là une preuve évidente que les prévenus et le ministère public lui-même ont peu de confiance en l'utilité des témoignages Nous nous sommes expliqué plus haut sur la valeur de cet argument. Il y a là une véritable pétition de principe : si, à l'époque précitée, les témoins n'étaient pas produits plus souvent en appel, cela provenait de la nécessité où se trouvaient les prévenus d'obtenir l'autorisation de les citer, et du danger qu'ils couraient d'exposer en pure perte des frais assez considérables, si l'audition sollicitée leur était refusée.

Aussi, à l'appui du système de procédure qui fonctionne devant les Cours d'appel, ne se borne-t-on point à invoquer des considérations aussi peu sérieuses. Les notes d'audience, dit-on, remplacent avantageusement l'audition des témoins. Elles reproduisent les débats de première instance, donnent en substance les déclarations des témoins et du prévenu, et fournissent des éléments de décision tout à la fois sûrs et économiques. Est-il bien certain qu'il en soit ainsi? Pour apprécier le bien fondé de ces assertions, nous allons nous placer avec M. Nogent-Saint-Laurens, le rapporteur de la loi de 1856, sur le terrain des faits pratiques : nous verrons avec lui dans quelles conditions s'élaborent les notes d'audience, et quelles difficultés ont à vaincre les greffiers qui veulent les tenir avec exactitude. Après avoir établi comme un fait général, presque un fait absolu, que les notes d'audience laissent toujours beaucoup à désirer, le rapporteur s'exprime ainsi : « Il serait pourtant injuste de se montrer trop sévère vis-à-vis de « messieurs les greffiers, dont la modeste position, les tra- « vaux ingrats et souvent excessifs sont si dignes d'intérêt. « D'ailleurs, comment feraient-ils pour avoir des notes suffi- « santes et complètes? Il n'y a que la sténographie qui puisse

Digitized by Google

« courir avec la parole sans rester honteusement en arrière. « Entrez à l'audience; voyez le greffier : il est attentif, ab- « sorbé; son œil va du témoin qui dépose au papier étalé « sur son pupitre. A peine la parole du témoin a-t-elle tou- « ché son oreille qu'il écrit vite, très-vite, de toute la vitesse « de son écriture. Cependant le débat marche; nul ne se « préoccupe du greffier qui écrit, nul ne lui vient en aide; « il a beau faire voler sa plume à la suite du témoignage, « quand l'audience est finie, les notes sommaires sont sillon- « nées par des lacunes, des solutions de continuité, des rac- « courcissements où la physionomie du langage, la couleur « de la pensée, la finesse d'une expression, l'énergie d'nn « fait vont tour à tour disparaître et s'abîmer. Les notes « sommaires devraient au moins présenter tous les côtés « saillants des dépositions orales : rarement elles arrivent à « ce résultat. »

Que se produit-il alors? Les notes d'audience ne remplissent plus qu'un rôle secondaire dans les débats correctionnels qui ont lieu devant les Cours d'appel. Tronquées, incomplètes, comme elles le sont la plupart du temps, elles ne peuvent soutenir la comparaison avec les pièces de l'instruction, qui est bien mieux faite et présente bien plus de garanties. De là l'usage qu'ont adopté les conseillers-rapporteurs de lire une bonne partie des dépositions écrites; de là cet inconvénient désastreux de voir les magistrats d'appel former presque exclusivement leur conviction sur les documents de l'information. Est-il besoin d'ajouter que la loi n'a point voulu consacrer un pareil état de choses; qu'il est de l'essence des débats d'appel d'être oraux au même titre que les débats de première instance, et que la justice rendue dans de semblables conditions ne présente plus les garanties efficaces dont elle doit être entourée?

Les inconvénients que nous signalons prennent un caractère de gravité plus considérable encore lorsque l'affaire change brusquement de physionomie au cours des débats de première instance. L'instruction a été close par un réquisitoire tendant à une mise en prévention et par une ordonnance conforme. Il peut arriver que l'information orale porte sur des points que n'avait pas élucidés l'instruction écrite. Le prévenu ou

Digitized by Google

son conseil font poser aux témoins des questions qui ne leur avaient pas été adressées par le juge d'instruction; il en résulte des renseignements nouveaux, des révélations qui modifient entièrement les faits que l'information primitive avait cru établir. La conviction du tribunal se forme à l'aide de ces éléments jusque-là inconnus : sur quelle base s'asseoira donc la décision de la Cour d'appel, si les notes d'audience ne sont que la reproduction imparfaite de ces incidents? Qu'arrivera-t-il aussi dans le cas assez fréquent où le procès sera instruit par voie de citation directe? La Cour sera obligée d'étayer son arrêt sur une instruction désormais dépourvue de force probante, ou sur des procès-verbaux dont les constatations ont été plus ou moins ébranlées par les preuves orales produites en première instance. Croit-on que, dans ces deux circonstances, la juridiction d'appel pourra rendre une bonne et sûre justice?

Plaçons-nous maintenant dans l'hypothèse trop rare où les notes d'audience auront été tenues avec exactitude et fidélité. Elles sont visées par le président, elles ont la force probante que leur accorde la loi de 1856. Constitueront-elles, en dépit de ces conditions favorables, un élément de preuve vraiment solide? Nous ne pouvons le croire. Une garantie essentielle leur fait défaut, celle qui résulte de la signature des témoins. Dans nos lois criminelles, pour l'instruction, dans nos lois civiles, pour les enquêtes, il est de règle que toute déposition écrite soumise à l'appréciation de juges qui ne l'ont pas entendue doit être revêtue de la signature du témoin qui a déposé. C'est là ce qui lui imprime son cachet d'authenticité et sa force intrinsèque. L'insuffisance juridique des notes d'audience contraindra donc souvent encore le magistrat d'appel à recourir aux pièces de l'information. Il y a véritablement lieu de s'étonner du laisser-aller admis par le législateur dans la procédure correctionnelle, lorsqu'on compare les errements suivis devant les juridictions civiles avec ceux que nous critiquons. S'agit-il d'un litige civil classé parmi les affaires sommaires, d'un procès commercial en premier ressort? l'enquête se fait à l'audience; le président dicte la déposition du témoin, le greffier la lit et enfin le témoin signe sa déclaration. Certes les garanties que pré-

Digitized by Google

sente cette façon de procéder sont bien différentes de celles qu'offrent au prévenu les notes d'audience. Nous reconnaissons volontiers que cette procédure est longue et compliquée, qu'elle peut ralentir la marche des affaires, mais est-il sage de s'arrêter à de pareilles objections si l'on veut écarter l'audition des témoins devant les Cours d'appel, et en somme cette lenteur ne serait-elle point compensée par de sérieux avantages?

Enfin, il faut le dire nettement, les notes d'audience, en les supposant aussi exactes, aussi complètes, aussi bien tenues que l'on voudra, ne peuvent jamais équivaloir aux preuves orales. Le magistrat d'appel y puise des éléments de décision abstraits; s'ensuit-il qu'il va prononcer un arrêt à l'abri de toute critique? Pour quiconque a l'expérience des affaires criminelles, la réponse ne saurait être douteuse. C'est dans le débat oral seul que l'on peut apprécier le degré de sincérité et de véracité d'un témoin. Là il est possible de lui adresser des objections et de provoquer ses réponses sur la vraisemblance plus ou moins marquée de ses déclarations : là on se trouve en face, non plus d'une abstraction, mais d'une individualité concrète et vivante. Tout, dans la personne de celui qui dépose en justice, doit être étudié avec soin : l'attitude du témoin, sa timidité, sa hardiesse, ses réticences, ses gestes, l'intonation même de sa voix, peuvent faire naître la conviction dans l'esprit du juge. Il ne faut rien négliger pour que cet examen si important soit complet : combien de fois n'a-t-on pas vu des témoins dont la bouche disait oui quand la physionomie disait non? Chez d'autres l'attitude démentira de tous points les affirmations risquées, les appréciations inspirées par la mauvaise foi dont leur déposition sera remplie. Tant il est vrai, et c'est là ce qui permet d'asseoir avec une certaine confiance les décisions de la justice sur le témoignage humain, que l'homme a le sentiment inné de la sincérité et que, quand il se met en contradiction avec ce sentiment qui est inhérent à son essence, la nature même proteste contre cette violation des lois de la conscience et de la vérité!

Il est temps de remédier aux inconvénients si graves que nous venons de signaler. Le législateur, dans l'intérêt de la

Digitized by Google

bonne administration de la justice, doit donc restituer au témoignage oral le rôle qu'il doit remplir devant les juridictions d'appel. Les débats s'en trouveront peut-être allongés : la marche des affaires en sera peut-être quelque peu ralentie. soit; de pareilles objections ne sauraient prévaloir contre les intérêts fondamentaux de la justice. D'ailleurs, il ne faut pas s'y tromper, avec l'audition des témoins les rapports seront plus courts, car les conseillers-rapporteurs ne se trouveront plus dans la nécessité de lire les nombreuses pièces de l'instruction écrite. Donc on économisera ainsi une partie du temps consacré à ces lectures, et ce temps sera plus utilement employé à entendre les témoignages et à recueillir des éléments de décision aussi directs que solides.

Devra-t-on procéder à l'audition de tous les témoins qui ont figuré aux débats de première instance? En général nous croyons que cela sera inutile. Il y aura là une question de mesure et d'espèce. On pourrait laisser au ministère public et au condamné le soin de choisir les témoins qui devraient être cités. Leur intérêt bien entendu étant de ne pas multiplier les frais inutiles, on a lieu de croire qu'ils ne produiraient que des témoignages importants. Même en cas d'insolvabilité du prévenu, le Trésor serait suffisamment défendu contre les frais excessifs par la contrainte par corps que l'on fait subir souvent à ceux mêmes qui justifient régulièrement de leur indigence. Il ne faut pas oublier en effet que cette mesure de coercition augmente de durée au fur et à mesure que s'élève la quotité des dépens recouvrables. Au surplus, quelles considérations s'opposeraient donc à ce que la partie publique reçût la mission d'assigner les témoins utiles, soit à charge, soit à décharge? Les parquets des Cours connaissent à fond les affaires qui doivent être soumises à la juridiction d'appel, et ils sont d'une impartialité bien reconnue. Leur intervention dans le choix des témoins à citer serait une garantie qu'il n'y aurait point de frais inutiles et, à notre sens, elle ne présente aucun inconvénient. Ce n'est qu'au cas où il deviendrait nécessaire, pendant les délais d'appel, d'entendre de nouveaux témoins que la Cour aurait à se prononcer sur l'utilité de cette audition.

Telles sont les observations que nous a inspirées l'examen

Digitized by Google

des dispositions relatives à la procédure des appels correctionnels. Nous avons la conviction sincère que les esprits sagement novateurs et vraiment pratiques n'en méconnaîtront point la justesse. Trop heureux serions-nous si ce modeste travail donnait aux sommités de la science criminelle l'idée de traiter cette importante question avec toute l'autorité qui leur appartient, et préparait ainsi la voie à une solution législative dont la nécessité s'impose !

H. PASCAUD.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

3500. Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière et C°, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

CHOSE JUGÉE.

Par M. H. Lespinasse, premier avocat général à la Cour d'appel de Pau.

De toutes les exceptions qui peuvent être proposées devant les tribunaux une des plus péremptoires est assurément la chose jugée. — Ce n'est pas que le législateur ait méconnu l'incertitude des jugements humains; mais comme il est nécessaire que les procès aient un terme, lorsque le tribunal compétent a statué en dernier ressort sur un litige porté devant lui, il faut bien que sa décision soit tenue pour la vérité, sous peine, comme le disait le droit romain d'engager les plaideurs dans un dédale inextricable.—Mais plus cette exception est absolue, plus il est indispensable de constater avec soin si ses éléments essentiels se trouvent réalisés.

Il est certain d'abord que l'on ne doit pas s'attacher uniquement aux conclusions des parties; la chose jugée étant l'œuvre du magistrat, c'est l'acte émané de lui qu'il faut examiner pour en déterminer la portée. — Quelles que soient donc la demande et la défense, c'est à la décision qu'il faut recourir pour savoir si l'exception de la chose jugée existe.

Il est également hors de doute que les sentences provisoires n'acquièrent jamais l'autorité de la chose jugée. Le fond du procès y étant réservé, elles nécessitent, loin de l'exclure, un examen ultérieur. Aussi y trouve-t-on fréquemment exprimée cette restriction : « Jusqu'à ce qu'il en soit autrement ordonné ». — Mais eût-elle été omise, la révision ne serait pas moins de droit, selon la doctrine de la Cour suprême et de tous les auteurs.

Une troisième observation est encore à noter, c'est que « la chose jugée ne résulte jamais des motifs, mais seulement du dispositif des décisions invoquées ».

Parmi les nombreux arrêts qui consacrent ce principe, on peut citer celui-ci : une Cour d'appel avait considéré dans ses motifs que les jeux de Bourse, prohibés par la loi, ne

Digitized by Google

sauraient exister sans un transport des valeurs mobilières par voie d'endossement; toutefois, dans le dispositif, elle s'était contentée d'admettre une preuve tendant à constater quel moyen de transmission avait été mis en œuvre. — Au rapport de l'enquête, éclairée par un examen plus approfondi de la question, elle décida qu'il y avait eu jeu de Bourse, quoique aucun endossement n'eût été souscrit. — La Cour de cassation, appelée à statuer sur cette contradiction, pensa que la chose jugée n'avait pas été méconnue, parce que la question de droit, mal résolue dans les motifs de l'arrêt, avait été laissée en suspens dans le dispositif.

L'application de ces principes peut néanmoins soulever des difficultés embarrassantes, lorsque, à côté des motifs qui semblent impliquer une certaine solution, il se rencontre dans le dispositif des termes ambigus qui peuvent jeter du doute sur la véritable intention des magistrats.

Voici, par exemple, une espèce qui s'est présentée naguère dans l'un des tribunaux du Midi :

La comtesse de M... avait vendu à un sieur S... ses droits d'usage dans une montagne du pays de C... L'acheteur, troublé dans sa jouissance par le syndic du pays, avait assigné les auteurs de l'empiétement en police correctionnelle. — Le syndic éleva la question préjudicielle de propriété. — Devant le tribunal civil il fit défaut, et il fut rendu contre lui, en 1825, un jugement *qui maintint le sieur S... en jouissance provisoire jusqu'à ce qu'il fût autrement ordonné, se réservant le fond pour y être statué ultérieurement.*

Le syndic se pourvut par opposition, en 1843 seulement, et demanda que la propriété qui, d'ailleurs, ne lui était pas contestée, fût déclarée libre de tout droit d'usage; le tribunal, ne trouvant pas ces conclusions suffisamment justifiées, les rejeta et ordonna que le premier jugement sortirait son plein et entier effet.

Appel par le syndic. Devant la Cour il produisit des titres, invoqua les lois révolutionnaires favorables au droit natif des communes sur les terres vaines et vagues de leur circonscription, qualifia de précaire la possession de la comtesse de M... et de ses ayants cause et demanda la reconnaissance de son droit absolu de propriété. — La Cour examina les allégations du syndic, le *débouta de son appel et ordonna que*

Digitized by Google

le jugement attaqué recevrait sa pleine exécution (arrêt de 1846).

Plusieurs années s'étaient écoulées lorsque surgit pour le même objet un nouveau procès. Le sieur S., qui avait continué de conduire ses troupeaux au pâturage sur le terrain litigieux, en vertu des décisions précitées, fut sommé de s'en abstenir, et, sur son refus, ses pâtres furent traduits en police correctionnelle. Le renvoi au pétitoire ayant été demandé par lui, les parties comparurent devant le tribunal civil. S... invoqua son droit d'usage. Le syndic ayant reproduit sa prétention à la propriété libre de toute servitude, on lui opposa l'exception de la chose jugée résultant, disait-on, des décisions de 1825, 1843 et 1846.

L'argumentation du sieur S... était ainsi formulée :

Lors de ces trois jugements et arrêt, vous revendiquiez la propriété de la montagne par les mêmes moyens que vous employez aujourd'hui;

Vos conclusions furent rejetées. Vous ne pouvez les proposer de nouveau sans violer l'autorité de la chose jugée.

Le syndic répondait :

J'avais demandé la propriété du terrain litigieux libre de toute servitude; je ne l'ai pas obtenue. Mais pour déterminer la portée de ce résultat, il faut savoir à quoi ont voulu aboutir le tribunal et la Cour; car c'est uniquement au but qu'ils se sont proposé d'atteindre que peut s'attacher la sanction de la chose jugée. Or voici la teneur du jugement de 1825.

La comtesse de M... et son acquéreur concluaient au maintien de leur droit d'usage sur le terrain en litige, et demandaient l'exécution provisoire nonobstant opposition ou appel. Le syndic faisait défaut. Le tribunal considéra que les actes de transmission émanées de la comtesse de M... en faveur de S..., et l'exécution qu'ils avaient reçue, constituaient des présomptions suffisantes pour permettre d'accorder à ces parties la *possession provisoire en attendant que le procès pût être apprécié au fond.* En conséquence, il *maintint la comtesse de M... et son ayant cause en possession du contentieux jusqu'à ce qu'il en fût autrement ordonné, prescrivit l'exécution de cette sentence, nonobstant opposition ou appel, et déclara n'y avoir lieu de statuer quant à présent sur les autres conclusions des parties.*

Digitized by Google

La seule chose jugée fut donc le maintien *de la possession provisoire en faveur de la dame de M...*

Quant au fond, c'est-à-dire à la propriété revendiquée par le syndic, l'appréciation en fut expressément ajournée.

Jusque-là évidemment aucune fin de non-recevoir ne pouvait s'élever contre un nouveau débat sur la question de propriété.

Voyons maintenant la deuxième phase du procès.

Le syndic forme opposition au jugement que nous venons de rapporter, et il conclut dans les termes suivants :

« Déclarer le jugement de défaut nul ou, tout au moins, « le réformer; reconnaître que la dame de M... et son acqué- « reur n'ont aucune qualité pour figurer dans l'instance; que « le tribunal est incompétent pour statuer sur la possession « provisoire, dont la connaissance appartient au juge de paix. « Subsidiairement, dire que la dame de M... et son ayant « cause sont irrecevables et mal fondés dans toutes leurs « prétentions; maintenir le pays de C... dans la propriété « exclusive du contentieux, avec dommages-intérêts et dé- « pens. »

La dame de M... formule ainsi sa réponse :

Débouter le syndic de son opposition et ordonner que le jugement de défaut sortira son plein et entier effet.

Le 12 janvier 1843, le tribunal rendit la décision dont voici le texte complet :

« Attendu que le syndic ne produit ni pièces ni preuves « tendant à établir que le jugement par défaut est mal fondé « ou lui cause quelque grief, *le déboute de son opposition, fins « et conclusions, et ordonne que le jugement attaqué sera exécuté « suivant sa forme et sa teneur.* »

Ainsi cette deuxième décision, soit dans ses motifs, soit dans son dispositif, se borne à déclarer que, faute de griefs sérieux articulés contre le premier jugement, il doit conserver toute sa force et être ponctuellement exécuté. Or ce premier jugement ne prononçait que sur le provisoire et réservait expressément le fond. La deuxième décision se bornant à ordonner l'exécution de la première, ne peut évidemment avoir une plus grande portée.

Il nous semble que ce simple aperçu résout catégorique-

Digitized by Google

ment la question de chose jugée, et manifeste d'une manière irrésistible l'intention des juges de s'occuper uniquement du provisoire.

Cependant une objection a été faite et est soutenue avec tant de persévérance qu'elle appelle de nouveau notre attention. On nous dit : Le jugement de 1825, il est vrai, est purement provisoire, puisqu'il déclare en termes exprès n'y avoir lieu en ce moment d'examiner le fond.

Mais il n'en est pas de même du jugement de 1843. Celui-ci contient deux dispositions distinctes et nullement inconciliables. L'une déboute le syndic, l'autre ordonne l'exécution du jugement de 1825.

La seconde est provisoire sans doute, mais la première est définitive et peut servir de base à l'exception de chose jugée.

Nous croyons avoir réfuté d'avance cet argument. Nous y reviendrons toutefois pour ne pas avoir l'air d'éluder une réponse directe.

Nous craignons que *ce bon vieux mot* débouter n'ait exercé une certaine fascination sur l'excellent esprit de nos contradicteurs, à raison de la signification un peu vague qui peut s'y attacher. Tâchons de préciser le sens qu'il doit avoir dans la disposition où il se trouve.

Quand il s'agit d'opposition ou d'appel, *débouter* veut dire simplement *lever l'obstacle qui arrête l'exécution de la sentence attaquée.* Dans l'espèce actuelle, les juges avaient pris soin de mettre eux-mêmes leur pensée dans tout son jour par cette locution : *Déboute le syndic de son opposition et ordonne l'exécution pure et simple du jugement de* 1825.

Le mot *débouter* ne forme donc pas une décision distincte. Il est partie intégrante de la disposition qui, dans son ensemble, se borne à maintenir une décision provisoire.

Mais, nous dit-on, il y a quelque chose de plus que le rejet de l'opposition. Le syndic est *débouté de ses fins et conclusions.* Or ses conclusions tendaient à la reconnaissance d'un droit de propriété sur le contentieux.

Ce raisonnement est-il bien sérieux? Repousser l'opposition, n'était-ce pas voir de suite rejeter les moyens sur les-

Digitized by Google

quels on la fondait? et quand même le tribunal se serait borné à prononcer *le déboutement de l'opposition*, le rejet des conclusions employées pour la soutenir en aurait-il été moins énergiquement acquis? Les termes dont on veut se prévaloir n'ajoutent donc rien à la locution toute simple : Rejette l'opposition. Ils ne peuvent avoir d'autre portée que d'*autoriser l'exécution du jugement de* 1825, *jugement purement provisoire et par conséquent non susceptible de passer en force de chose jugée.*

Si l'on veut pénétrer plus profondément dans les détails de l'objection, on reconnaîtra de plus en plus combien elle porte à faux.

Le syndic avait contre lui une décision provisoire, il voulait la changer, porter le débat sur la question de propriété; il prenait en ce sens des conclusions formelles. Que fait le tribunal? — Il refuse de le suivre sur ce terrain; il rejette ses conclusions; il entend rester dans le cercle tracé par le jugement de 1825; il déclare qu'il s'arrête à ce résultat; que la seule chose à faire est celle que le premier juge a prescrit, c'est-à-dire le maintien de la décision provisoire. Donc, s'il déboutait le syndic de ses conclusions, c'était pour ne pas aborder une thèse que le premier juge avait laissée en suspens, et qu'il réservait lui-même en déclarant s'en référer à la première décision rendue.

Il n'y avait donc pas deux chefs de jugement, mais un seul, exprimé dans une formule qu'on avait eu le tort de surcharger de termes parasites, mais qui, en définitive, ne pouvait avoir qu'une seule signification, le maintien du provisoire ordonné en 1825.

Non-seulement les juges de 1843 n'ont pas voulu dire autre chose, mais il leur était interdit de dépasser cette limite. La dame de M... et son ayant cause se bornaient, en effet, à demander l'*exécution pure et simple du jugement, en vertu duquel ils étaient investis d'une possession provisoire.* Leur accorder davantage était impossible sous peine de requête civile. Or, si l'on avait statué sur le fond et rejeté définitivement la prétention du syndic aux terrains contentieux, on aurait transformé la possession provisoire en possession définitive, ce qui n'était pas demandé. On aurait fait beaucoup plus encore : on aurait *implicitement* conféré le droit de

Digitized by Google

propriété à l'usager, puisqu'il n'y avait pas d'autre prétendant possible que lui et le syndic.

Enfin, s'il y avait dans le jugement de 1843 les deux chefs distincts qu'on veut y voir, ils se contrediraient manifestement l'un l'autre.

N'oublions pas que le jugement de 1825 réserve en termes formels le fond, c'est-à-dire le droit de propriété prétendu par le syndic, et déclare vouloir s'occuper exclusivement du provisoire; ordonner l'exécution pure et simple de ce jugement, c'est donc laisser en suspens la question de propriété et résoudre uniquement les difficultés relatives à la jouissance provisoire.

Donc, si, en prescrivant cette exécution, le tribunal avait tranché la question de propriété, il serait tombé dans une contradiction grossière. Il n'a donc voulu statuer que sur le provisoire, et l'autorité de la chose jugée ne peut être acquise à sa décision.

Quant à l'arrêt de 1846, il ne prête pas à aucune controverse; car après une longue discussion tout entachée d'erreurs de fait et de droit, il dispose en ces termes : *Confirme les jugements de* 1825 *et de* 1843.

Il a même soin de noter dans ses motifs que la première de ces décisions avait expressément ajourné le débat sur la propriété et n'avait résolu que la question provisoire. Il ajoute que le jugement de 1843 a repoussé les moyens par lesquels le syndic cherchait à faire aborder le fond.

Puis, s'attachant aux documents et circonstances de la cause, il rejette lui-même ces prétentions du syndic par les arguments les plus hasardés; mais en somme quelles conséquences tire-t-il de ses raisonnements? *Une seule :* le maintien de la possession en faveur de la dame de M...

Au point de vue de la doctrine et de l'équité, il serait vraiment regrettable de faire tant d'efforts pour procurer le privilége de l'immutabilité à des décisions qui, si elles contenaient ce que l'on veut y voir, auraient méconnu les notions les plus élémentaires du droit et les données les plus irrécusables du sens commun. Elles auraient jugé, en effet, *que les lois de* 1792 *et de* 1793 *ne pouvaient être invoquées par les communes que contre leurs anciens seigneurs;*

Digitized by Google

Que pour recueillir le benéfice de cette législasion, une commune était tenue d'intenter des procès à de simples usagers qui ne lui avaient jamais contesté la propriété du sol;

Enfin que ces usagers pouvaient devenir propriétaires sans l'avoir demandé et *sans avoir jamais songé à dépasser les bornes légitimes de leurs droits primitifs.*

H. LESPINASSE.

DES DROITS DU MINISTRE DE LA JUSTICE ET DU MINISTÈRE PUBLIC

en matière de poursuites criminelles,

Par M. Robinet de Cléry, ancien procureur général,
Premier président honoraire de la Cour de Besançon.

La liberté d'action du ministère public implique-t-elle la complète abstention du garde des sceaux et l'omnipotence du magistrat ayant spécialement qualité pour apprécier l'opportunité d'une poursuite? Cette question délicate, et qui a quelquefois donné lieu à des polémiques animées, peut trouver sa solution dans une distinction qui, excluant l'ingérence du pouvoir exécutif, admet celle du garde des sceaux dans la mesure que la loi elle-même a fixée. En effet, le garde des sceaux, indépendamment de ce qu'il fait partie du gouvernement, a des attributions judiciaires qui lui sont propres. A ce titre il était autrefois qualifié *grand juge,* ministre de la justice, et c'est comme ministre de justice que l'article 274 du Code d'instruction lui confère le droit de donner des ordres aux procureurs généraux pour intenter les pouruites.

Les auteurs les plus justement renommés ont quelquefois confondu ce double caractère réuni en la même personne. Ils voient dans le ministre l'*organe réel et responsable* du chef de l'État [1], et il l'est en effet, mais les droits, dont il est investi pour assurer le service et en régler la marche, lui sont conférés comme haut *dignitaire de la justice.* Aussi n'ont-ils pas

[1] Mangin, n° 88; Faustin Hélie.

Digitized by Google

varié nonobstant les changements de constitution. La situation du garde des sceaux, en tant qu'il participe avec ses collègues à la puissance exécutive, s'est modifiée suivant les époques et les fluctuations de la politique. La place qu'il occupe dans l'organisation judiciaire est restée telle que l'avaient faite le sénatus-consulte de 16 thermidor an X, le Code de 1808, les lois et décrets de 1810.

Mais en établissant une hiérarchie, qui du procureur de la République remonte au procureur général et au ministre, la législation en vigueur depuis le commencement du siècle a fait, à chaque degré, une si exacte répartition des droits et des devoirs, que chacun se meut librement dans les limites de sa compétence.

Sur toutes les parties du service s'étend la légime sollicitude du garde des sceaux. « Il a, sur les Cours, sur les tribunaux, « sur les justices de paix et sur les membres qui les com- « posent, le droit de les surveiller et de les reprendre. » Cette surveillance suppose un échange de communications. Elles ont le salutaire effet d'aplanir les difficultés, de prévenir les compétitions et les désaccords. De la sphère élevée où aboutissent des rapports venus de tous les points de la France, partent des instructions en vue de rétablir l'harmonie quand elle est troublée. La magistrature assise n'est pas exempte de ces complications. Quelles qu'elles soient, aucune pression n'est exercée pour redresser les déviations ou apaiser les dissentiments. Il est généralement statué par les juridictions qui en ont été saisies.

L'uniformité des règles est surtout indispensable aux fonctionnaires ayant exclusivement le droit d'introduire des instances criminelles. A quelles dissidences ne faudrait-il pas s'attendre s'ils étaient abandonnés sans contrôle aux inspirations d'une capricieuse équité? Quelles contradictions ne verrait-on pas se produire? Ce serait un véritable chaos. L'unité de direction est logiquement le corollaire de l'unité de législation. Quand celle-ci est enfreinte de façon assez grave pour attirer l'attention du chef de la justice, ses recommandations le signalent à la vigilance de tous les parquets. Il leur en est également adressé quand la jurisprudence se fixe sur des points rentrant dans la spécialité de leur service. Quand surviennent des innovations de quelque impor-

Digitized by Google

tance, des circulaires interprétatives en révèlent l'esprit et en prévoient les effets. En ces hypothèses et dans beaucoup d'autres, l'intervention de la chancellerie est purement administrative « Elle dirige le mode général de l'action sans enchaî« ner les actes mêmes qui l'appliquent. »

Conforme à la doctrine et à une pratique constante, cette réflexion se lit dans le traité qui, en développant la théorie de l'unité, en fait le mieux ressentir la sagesse : « L'action « publique, y est-il dit, prenant son principe au centre au « lieu de le prendre à la circonférence, reçoit une impul« sion unique. Elle subit la même surveillance, les mêmes « devoirs, les mêmes règles. Elle est une, en un mot, dans « ses éléments et dans ses actes. C'est ce qui fait toute « sa puissance, car ce n'est que parce qu'elle est une qu'elle « peut s'élever au-dessus des multiples intérêts privés et se « faire l'organe de l'intérêt social. Ce n'est que parce qu'elle « est une qu'elle oppose toute la force collective d'une insti« tution aux passions qu'elle combat. » (Faustin Hélie, *Inst. crim.*)

Ces vérités sont hors de controverse. Il s'en est seulement élevé au sujet des poursuites que le ministre prescrirait d'intenter contre des individus par lui désignés. Pour apprécier si cette initiative rentrerait dans ses attributions légales, il suffit de rappeler qu'elles ne lui sont pas imparties en raison de sa participation à la puissance exécutive, mais en vertu de dispositions spéciales ayant conféré au fonctionnaire le plus haut placé dans l'ordre judiciaire des droits parfaitement définis et ne comportant pas d'arbitraire extension.

Ils sont écrits dans l'article 274 du Code d'instruction criminelle, portant que « le procureur général, soit d'office, « soit *par les ordres du ministre de la justice*, charge le pro« cureur de la République de la poursuite des délits..... » L'*exhibition d'un ordre formel* du même ministre est exigée par l'article 441 pour provoquer l'annulation de décisions qui, sans cela, seraient inattaquables. En plusieurs circonstances, la poursuite demeure paralysée et frappée d'inertie si elle ne reçoit de lui impulsion [1]. L'introduction des instances disciplinaires lui était également subordonnée par

[1] Art. 486 C. inst.

Digitized by Google

l'article 40 de la loi de réorganisation judiciaire élaborée par une commission de l'Assemblée nationale. C'est encore lui qui prescrit de former *les demandes en révision*[1] destinées à donner satisfaction à l'humanité non moins qu'à la justice. Et toujours le législateur s'exprime en termes trop impératifs pour qu'il soit possible aux parquets de la Cour de cassation ou des Cours d'appel de laisser sans exécution la mission ou les commandements dont transmission leur est ainsi faite.

Les textes sont formels. Ils reposent sur des considérations d'une incontestable valeur. Telles sont notamment celles qui justifient l'immixtion facultative du garde des sceaux quand il s'agit de mettre en mouvement la vindicte publique.

La création de magistrats spécialement institués à cet effet a eu pour but de retirer aux passions et aux vengeances individuelles une initiative dont elles avaient trop souvent abusé : « Ç'a été sagement et humainement fait, écrivait Pierre « Ayraut au XVIe siècle..., que de remettre à une personne « seule ce qui est simplement du public et d'oster toutes ces « actions populaires, et la licence vague et indéfinie de se « rechercher et entre-manger. » En acceptant cet important progrès, l'expérience des temps modernes n'a pourtant pas voulu rendre, en chaque ressort, un seul fonctionnaire arbitre suprême des suites à donner aux griefs qui lui seraient dénoncés. Pour qu'il ne les écarte pas arbitrairement, plusieurs palliatifs sont admis. Le justiciable est autorisé à demander, par citation directe, réparation au tribunal correctionnel. On n'est pas également d'accord pour reconnaître qu'il soit fondé à exiger une information, même en se portant partie civile, et d'ailleurs cette obligation aurait pour effet d'exclure ceux qui seraient hors d'état de subvenir aux frais des poursuites. — Les droits d'*injonction*[2] et d'*évocation*[3] dévolus aux Cours d'appel sont réservés pour des circonstances rares et presque exceptionnelles. Les conditions auxquelles ils sont subordonnés les rendraient quelquefois illusoires s'il n'était permis aux plus pauvres, aux plus délaissés, de s'adresser au sommet de la hiérarchie judiciaire, de réclamer contre

[1] Art. 443, 444, 445, *ibid.*
[2] Loi du 20 avril 1810, art. 11.
[3] Art. 235 C. inst. crim.

Digitized by Google

une inaction non justifiée, de provoquer un nouvel et impartial examen.

La prépondérance ministérielle répond, en pareil cas, à une pensée vraiment libérale et pleine d'équité. Elle est, en outre, une sauvegarde pour l'ordre public. La gravité de certaines infractions peut être appréciée, en ayant égard à la situation générale et à des périls qui se révèlent seulement quand on l'envisage dans son ensemble.

Je ne dirai pourtant pas, comme on l'a soutenu, que le droit de poursuite appartienne au garde des sceaux, concurremment avec le ministère public. Il est plus exact de dire que le garde des sceaux a le droit d'*ordonner des poursuites*, et ce droit se concilie d'autant mieux avec ceux des procureurs généraux et des procureurs de la République, qu'ils ne sont pas de même nature.

Le chef de la magistrature ne descend pas dans l'arène judicaire. Il n'introduit pas d'instance, ne prend pas de réquisitions. Il n'a pas à la poursuite une participation *personnelle*, impliquant le droit de faire directement les actes dont un subordonné se serait abstenu. Ce n'est pas à lui que les voies de réformation sont ouvertes, bien qu'il ait, en certaines occurrences, attribution pour *ordonner* d'y recourir. Il surveille, il contrôle; mais celui qui tient de la loi ses fonctions n'est pas, lorsqu'il les remplit, dans l'étroite dépendance qui en ferait l'instrument d'une volonté supérieure. M. Mangin fait observer, avec raison [1], « que l'action publi- « que n'appartient pas au garde des sceaux». Il ajoute : « Pour « la conserver et la diriger, les procureurs généraux ont des « pouvoirs qui manquent au ministre. »

Leurs attributions, sur ce point, diffèrent essentiellement. L'article 45 de la loi du 20 avril 1810 dispose que « les pro- « cureurs généraux exerceront l'action de la justice criminelle « dans toute l'étendue de leur ressort ». Le rapporteur de la loi en donne pour motif que « l'unité de ce ministère en fait « la force et le principe, et que son action, pour être bien- « faisante, doit être constamment la même ». L'article 42 du décret du 7 juillet 1810 portant : « Toutes les fonctions du « ministère public sont *spécialement* et *personnellement* confiées à

[1] *De l'action publique*, n° 91.

Digitized by Google

« nos procureurs généraux » est l'affirmation non moins absolue d'une concentration de pouvoirs dont il fait ressortir le caractère. Elle est exclusive et sans partage lorsqu'il s'agit d'actionner ceux qui, faisant partie de l'ordre judiciaire ou occupant ailleurs des positions élevées, sont protégés par les articles 479, 480, 483 et 484 du Code d'instruction criminelle, ou par les articles 10 et 18 de la loi organique de 1810. Le décret du 11 novembre 1811, aux termes duquel il était loisible d'agir ainsi à l'égard des membres de l'Université et des étudiants, témoignait encore d'une suprématie considérée comme garantie de bonne justice.

Le Code d'instruction criminelle en fait une très-fréquente application. Ses interprètes les plus autorisés enseignent que « *la plénitude de l'action publique* appartient au pro- « cureur général....; qu'elle n'a entre ses mains d'autres « limites que celles du territoire de la Cour près de laquelle « il est établi [1]. » Il reçoit les dénonciations et les plaintes ; il en tient registre [2]. « Il charge, même d'office, le procu- « reur de la République de la poursuite des délits dont il a « connaissance [3]. » Il a qualité pour former, en son propre nom et sans intermédiaire, tout recours ayant pour objet de conserver et de faire aboutir les instances engagées, de provoquer la réforme ou l'annulation de jugements ou arrêts intervenus aux divers degrés de juridiction [4]. Il peut ordonner l'apport des pièces, faire à la chambre des mises en accusation telles réquisitions qu'il juge convenables [5], et la mettre en mesure de procéder par évocation [6]. Enfin la haute surveillance dont les Cours d'appel sont investies par l'article 9 du même Code et l'article 11 de la loi du 20 avril 1810, consiste surtout dans la faculté « de mander le procureur « général, pour lui *enjoindre* de poursuivre en raison des « faits (ayant déterminé cette intervention) et pour entendre « le compte qu'il rendra des poursuites commencées ». De telles injonctions impliquent assez que, responsable de toute

[1] Mangin, *De l'action publique*, n° 87.
[2] C. inst., art. 275.
[3] *Ib.*, art. 274.
[4] *Ib.*, art. 135, 202, 205, 216, 250, 298.
[5] *Ib.*, art. 250.
[6] *Ib.*, art. 235.

Digitized by Google

omission, il a l'autorité et les moyens d'y obvier efficacement et d'agir, soit par lui-même, soit par l'entremise de magistrats qui lui doivent un loyal concours.

Réunissant tous les pouvoirs attribués à ceux-ci, il fait valablement les actes ou opérations rentrant dans la compétence de chacun d'eux. En l'absence même de dispositions expresses, plusieurs arrêts de cassation reconnaissent « qu'un « droit lui est donné implicitement par cela seul qu'il est « accordé à ses substituts; que d'ailleurs l'article 45 de la loi « du 20 avril 1810 lui confère, d'une manière *formelle*, *géné-* « *rale*, *absolue*, l'action de la justice criminelle dans toute « l'étendue de son ressort[1]. »

Une pensée éminemment autoritaire se dégage de toutes les parties de cette législation, dont elle est la base. Elle prévalut sur les objections que le grand juge avait présentées à la séance du 13 novembre 1804, pour affranchir les avocats généraux d'une subordination qui « répugnait, avait-il dit, à « des hommes d'un mérite distingué ». L'empereur avait répondu : « Cet inconvénient ne balance pas celui de livrer « le parquet à des tiraillements. » Dans la loi du 18 avril 1810[2] comme dans le décret du 6 juillet suivant[3], le même esprit domine. Néanmoins il comporte des tempéraments qui laissent intacte la dignité judiciaire. Indépendant lorsqu'il exerce les fonctions qui lui sont propres, l'officier du ministère public a le devoir, et il tient à honneur, d'exécuter ponctuellement les délégations qu'il reçoit.

Elles sont une nécessité pour communiquer à des actes multiples et transmettre, dans toutes les parties d'une vaste circonscription, la volonté de celui qui l'administre. — Pour le personnel placé sous sa direction immédiate, et formant le parquet de la Cour d'appel, elles sont verbales ou sous-entendues. — Elles sont écrites quand il a seul le droit d'introduire et de continuer des procédures dont elles font partie intégrante. — Dans toutes autres hypothèses elles ont la

[1] Cassation, 1er juillet 1813, 14 mars 1817.

Sic. Legraverend, t. II, p. 404; Bourguignon, sur l'art. 202; Lesellyer, n° 434; Dalloz, *Jurisp. gén.*, v° *Appel corr. Contrà*, Carnot.

[2] Art. 47.

[3] Art. 42, 44-45.

Digitized by Google

forme d'instructions adressées aux procureurs de la République, mais la position de ces derniers est complexe.

Chargés, par l'article 22 du Code, de la recherche et de la poursuite des crimes ou délits, ils trouvent à la fois un stimulant et une règle de conduite dans les observations que faisait entendre l'orateur du Conseil d'État pour caractériser l'importance de leurs attributions et témoigner de la confiance dont leur titulaire serait revêtu : « Elle est, disait-il, « si entière, si intime, il est investi d'un tel pouvoir et jouit « d'une telle influence..... qu'il ne peut être sans reproche « toutes les fois qu'on a droit de se plaindre de l'infraction « fréquente à l'ordre public dans le lieu où il exerce ses « fonctions..... » Pour les bien remplir, il lui faut activité et résolution. Son meilleur guide est alors une conscience ferme et droite. Tout pourrait être compromis par des hésitations qui en référeraient à un supérieur.

Voilà pourquoi un officier moins élevé en grade, mais disposant des mêmes moyens que celui-ci pour amener la découverte et la répression des faits punissables, a été établi dans chaque arrondissement. Ce sont deux pouvoirs inégaux, agissant simultanément dans un but unique. « Le plan, a dit « M. Cambacérès au Conseil d'État[1], est de donner toute « l'intensité possible au ministère public. Dans cette vue, le « pouvoir de poursuivre les délits est confié au procureur « impérial et au procureur général. »

L'éventualité d'une dissidence entre eux n'a pas même été pressentie. La persuasion de leur inaltérable entente perçait dans ces paroles de M. Treilhard : « Le procureur impérial « est, s'il est permis de le dire, l'œil du procureur général, « comme le procureur général est l'œil du gouvernement[1]. » Dans un langage moins imagé, le rapporteur de la commission du Corps législatif précisait comment il y aurait unité de direction : « Le procureur impérial, *dirigé par le « procureur général de la Cour supérieure*, mettra en mouve- « tous les officiers de police qui lui sont donnés pour auxi- « liaires[1]. » Enfin l'article 27 du Code assure, sans la moindre équivoque, le maintien d'une indispensable hiérarchie : « Les procureurs de la République, y est-il dit, seront

[1] Séance du 6 novembre 1804.

Digitized by Google

« tenus, aussitôt que les délits parviendront à leur connais-
« sance, d'en donner avis au procureur général près la Cour
« d'appel *et d'exécuter ses ordres relativement aux actes de po-*
« *lice judiciaire.* »

Si le subordonné doit suivre la *direction* qui lui est légalement donnée, elle a ses restrictions, ses bornes; ni ministre, ni procureur général ne les pourraient outre-passer.

Les ordres du premier s'imposent dans les cas prévus par la loi, et c'est elle alors qui est obéie. La déférence ne va pas au delà. Il n'est pas fait violence à de consciencieux scrupules. L'expérience des chefs de parquets anciens et nouveaux confirmerait les réflexions que résume ainsi M. Faustin Hélie : « L'intervention du ministre et des Cours se borne à
« provoquer l'action publique quand le ministère public ne
« l'a pas exercée, à saisir ou à ordonner de saisir les tribu-
« naux quand le ministère public ne les a pas saisis. Elle a
« pour but principal de suppléer à sa vigilance et de lui appor-
« ter un concours utile. *Ils ne lui font pas concurrence.* Ils ne
« mettent pas en mouvement une autre action que la sienne.
« C'est sa propre action qu'ils placent dans ses mains en lui
« prescrivant ou en le requérant de l'exercer. Ainsi le mi-
« nistère public est complétement maître de mettre l'action
« publique en mouvement; il n'est pas également maître de
« s'abstenir de l'exercer. La loi a multiplié les sentinelles de
« l'ordre public; elle n'a pas voulu qu'un intérêt aussi sacré
« fût compromis par l'inertie d'un seul fonctionnaire. Elle
« l'a rendu tout-puissant pour agir, elle n'a restreint que
« son inaction. »

Ainsi expliquée, cette distinction n'a rien d'anormal; elle est désormais acceptée comme point de doctrine et la jurisprudence l'a sanctionnée.

Les arrêts de cassation des 28 juillet 1814 et 14 avril 1815 fournissaient en ce sens une première induction, car ils posaient en principe « que les ministres ne peuvent anéantir « ni suspendre l'effet des lois pénales ». Le 22 décembre 1827, la question a été plus catégoriquement résolue. Pour déclarer non recevable une poursuite dirigée contre un magistrat sans l'autorisation du ministre de la justice, une Cour d'appel s'était fondée sur ce que « le chef de la magistrature aurait « la suprême direction de toutes les actions publiques ». Ce

Digitized by Google

considérant a été improuvé par la Cour régulatrice : « attendu « que c'est une erreur manifeste de prétendre que le ministre « de la justice a la suprême direction de l'action publique « pour la punition des crimes et délits [1]. »

Quant au procureur général, il n'a pas seulement à surveiller l'action, à commander, s'il le juge à propos, certains actes à son début ou à quelques-unes de ces phases. Il l'a en mains, il la dirige ou l'exerce pendant toute sa durée. Ce droit *personnel* et permanent n'absorbe pourtant pas ceux du magistrat de première instance.

Celui-ci a un double caractère.

Investi de l'autorité inhérente au poste qu'il occupe, il en use librement. Les conseils du chef dont il relève ne lui font jamais défaut. Ils sont pour lui un soutien et non une entrave. Ils préviennent les défaillances auxquelles il serait peut-être exposé sous l'obsession d'intérêts trop prochains. Dégagés des influences de localité, ils maintiennent la balance égale sans pouvoir la faire pencher ni soustraire à la justice un fait criminel ou délictueux. A cet égard les jurisconsultes sont unanimes : « Si les membres du ministère public, écri- « vait M. Victor Foucher, peuvent se voir stimuler pour « l'accomplissement de leurs devoirs, si le législateur a posté « des yeux toujours prêts à les surveiller, du moins on ne « peut les condamner à la cécité suivant les circonstances. « Aucun ordre ne peut paralyser leur action, la loi ne peut « jamais être interprétée de manière à couvrir le crime de « son égide. » M. Mangin n'est pas moins explicite : « L'ac- « tion publique appartient aux procureurs généraux, mais « elle appartient aussi aux procureurs du roi. Les premiers « peuvent ordonner aux seconds de faire des poursuites, « mais ils ne peuvent le leur défendre... » La plus forte des garanties, est-il ajouté, « résulte du pouvoir donné par la loi « à des fonctionnaires d'intenter cette action sans avoir « besoin de l'assentiment d'autres fonctionnaires qui sont « leurs supérieurs, de l'intenter valablement même contre « les ordres de ceux-ci. »

Le parquet d'un tribunal d'arrondissement a donc son indépendance lorsqu'il requiert instruction ou introduit une

[1] Voir notamment Mangin, *Action publique*, n° 91.

Digitized by Google

instance. Il ne saurait toutefois annihiler *la plénitude d'attributions* dévolue à celui qui centralise le service de tout le ressort. Elle serait réduite à l'état de lettre morte si le procureur général n'était exactement informé par des communications hebdomadaires et ne faisait prévaloir sa détermination en cas de désaccord.

La poursuite appartient cumulativement à plusieurs, mais, une fois intentée, il n'est pas admissible qu'elle soit paralysée par des contradictions, vacillante et tiraillée en sens divers. Le droit de l'exercer *personnellement* implique celui d'intervenir en donnant des *ordres* qui sont, à proprement parler, des délégations. Émanées du chef de service, elles sont exécutées par ses *substituts*. Cette qualification, d'un fréquent usage dans la correspondance officielle, est employée par le législateur. Elle est écrite en l'article 43 de la loi du 20 avril 1810, portant : « Les fonctions du ministère public seront « exercées, dans chaque tribunal de première instance, par « *un substitut du procureur général*, qui a le titre de procu- « reur impérial. »

Si celui-ci a qualité pour procéder en son propre nom, quand les instructions qu'il reçoit et dont l'objet est de sa compétence sont conformes à ses convictions, il est rationnel de l'autoriser, dans le cas contraire, à se renfermer dans le rôle passif de *substitut* et de simple délégué. Bien qu'il n'en soit pas de ce mandataire attitré comme de ceux dont un désaveu peut anéantir les agissements, il les rendra toujours l'expression fidèle de la volonté de son commettant. L'intégrité professionnelle, l'honneur même le lui commandent. L'article 274 du Code disposant que le procureur général CHARGE le procureur de la République de poursuivre, caractérise, de façon à ne pouvoir s'y méprendre, la nature de l'obligation.

Au magistrat qui la remplit ponctuellement il est loisible de s'effacer en quelque sorte et de se couvrir du nom de celui dont il n'est, à vrai dire, que le représentant. Cela se pratique chaque fois qu'il lui est expressément substitué, et notamment dans les cas prévus par les articles 480 et 483 du Code d'instruction criminelle. En toute autre occurrence, c'est une pure faculté. L'auteur de l'un des meillleurs projets, dont a été saisie la dernière Assemblée nationale, l'entendait

Digitized by Google

ainsi lorsqu'il y intercalait un article où il était dit : « Le ma-
« gistrat du ministère public qui reçoit soit du garde des
« sceaux, soit du procureur général, l'ordre d'exercer des
« poursuites... peut signifier les actes de poursuite à la re-
« quête du magistrat de qui émane l'ordre. » J'ai déjà eu sujet d'exprimer combien il me semblait juste et sage de ménager ainsi la dignité de l'inférieur sans relâcher des liens indispensables à la régularité du service.

Si une pareille disposition prenait place dans les textes, ce ne serait pas une nouveauté ; j'y verrais la continuation de traditions respectées. Elles étaient suivies au temps où les procureurs généraux, en présentant aux Parlements les édits royaux, déclaraient le faire « *par exprès commandement* ». Pénétrés de ces souvenirs, nos législateurs modernes les ont rappelés au cours de leurs travaux préparatoires [1]. Ils se retrouvent encore dans l'article 441 du Code, et quand, conformément à ses prévisions, la Cour de cassation est saisie par son procureur général, il prend soin d'énoncer qu'il le fait « *par l'ordre formel du ministre de la justice.* »

Par identité de raison, une formule analogue conviendrait à tous actes ou réquisitions faites sous la légitime impulsion d'un supérieur. Ainsi se généraliserait ce qui, dès à présent, est licite et valable. La Cour de cassation a reconnu [2] qu'un substitut de première instance avait régulièrement agi *au nom du procureur général*. En employant cette mention, celui qui accomplit une mission rentrant dans les devoirs de sa charge, évite d'engager son opinion personnelle. Dans la position la plus modeste, il n'a pas à en faire le sacrifice.

L'omnipotence n'existe à aucun des degrés de l'échelle judiciaire. Réglant les attributions du parquet comme celles du siége et les maintenant dans un juste équilibre, la loi les fait converger au même but. C'est d'elle seule que relève le magistrat, à quelque service qu'il soit attaché. Tous ceux qui ont le sentiment de la véritable indépendance le comprennent ainsi. Pour eux l'obéissance n'est pas sujétion.

En même temps qu'il assure à la conscience cette précieuse liberté qu'aucun membre du corps judiciaire ne sau-

[1] Séance du 16 octobre 1804.
[2] Cassation du 7 décembre 1833.

Digitized by Google

rait abdiquer, le régime en vigueur repose sur un principe également tutélaire et dont de nombreux arrêts ont développé les conséquences : « L'action publique, y est-il dit, « appartient à la société et non au fonctionnaire public « chargé par la loi de l'exercer[1]. » Dès qu'il l'a mise en mouvement, il n'est plus admis à se rétracter. Nul ne peut, quel que soit son grade, la détourner, l'arrêter, la soustraire aux juges institués pour en connaître. Ils sont saisis au moment même où une information est ouverte, où une citation est notifiée, où une opposition, un appel, un pourvoi sont formés. Depuis longtemps passées à l'état d'axiome, ces vérités ont été constamment appliquées par la Cour de cassation dont le dernier mot a été : « L'abandon que le mi- « nistère public fait de son action ne peut dessaisir le « juge[2]... »

Les circonstances dans lesquelles a été proclamée et maintenue cette règle invariable étaient propres à la mettre en relief. Tous désistements du chef ou des officiers du parquet tous faits impliquant renonciation aux poursuites par eux intentées ou aux voies de recours qui leur sont réservées, ont été réputés non avenus[3]. Tous jugements, les ayant acceptés en se dispensant de se prononcer sur l'objet même de l'inculpation, ont été annulés[4]. Aucune affaire dont l'instruction est commencée n'est susceptible d'être portée à l'audience ou d'être abandonnée, s'il n'a été rendu une ordonnance de compétence ou un arrêt de la chambre des mises en accusation[5]. Lors même qu'un vice radical entacherait soit l'instance[6], soit l'instruction et notamment au cas où des magistrats de première instance procéderaient nonobstant une disposition attribuant juridiction à la Cour d'ap-

[1] Cassation, 2 mars 1827, 3 janvier 1834. Voir aussi 21 novembre 1839, D. P., 27, 1, 158; 34, 1, 139; 40, 1, 384.

[2] Cassation, 25 janvier 1873; P. 73, 1, 168.

[3] Mêmes arrêts et autres cités au *Répertoire de législation et de jurisprudence* de Dalloz, v^is *Acquiescement*, n°s 877 et suiv., et *Instruct. crim.*, n° 131.

[4] Mêmes arrêts. *Adde* 6 décembre 1834, 28 avril 1859, 16 avril et 10 juin 1864, 5 avril 1867; D. P., 35, 1, 157; 59, 5, 8; 67, 5, 15; 69, 5, 12.

[5] Cassation, 18 juin 1818, 7 juin 1821 et autres arrêts rapportés au *Répertoire général* de Dalloz, n°s 788 et 789.

[6] Rouen, 23 janvier 1850; D. P. 52, 2, 44.

Digitized by Google

ple [1], le procureur général n'aurait pas la faculté de passer outre sans avoir fait statuer sur cette incompétence manifeste. La règle ne comportant pas d'exceptions, une procédure provoquée par le dépôt d'une plainte suit sa marche jusqu'à son entier complément, bien que dans l'intervalle la partie civile ait obtenu jugement pour son propre compte [2] ou retiré sa plainte.

Ce fut après un retrait formel consenti par un plaignant dont les griefs avaient reçu satisfaction que survint, en 1861, un incident auquel d'ardents commentaires et un concours de circonstances exceptionnelles ont donné du retentissement [3]. Le souvenir en est resté. Grossi à distance, il suscite aujourd'hui en quelques-uns des inquiétudes sincères. Rappelé dans le rapport concernant les derniers projets de réorganisation, il avait motivé une addition insérée dans l'article 58, et dont serait résultée pour les Cours d'appel une augmentation de pouvoirs. Sans contester l'utilité de l'innovation, je ne crois pas que l'affaire, à laquelle il vient d'être fait allusion, ait rendu douteuse l'obligation de continuer jusqu'au jugement toute poursuite entamée. Les arrêts qui, en très-grand nombre, avaient fait et ont fait depuis lors prévaloir cette règle étaient intervenus, conformément aux réquisitions du ministère public, sur des pourvois qui, pour la plupart, émanaient de son initiative. Quelques-uns avaient été, en vertu de l'article 441 du Code, ordonnés par le garde des sceaux. Loin d'avoir la prétention de rester maître de l'action engagée et d'en disposer à son gré, il reconnaissait donc, comme les procureurs généraux, l'impossibilité de parvenir à une solution quelconque s'ils ne la recevaient des tribunaux compétents.

Ces errements étaient si strictement obligatoires qu'à l'époque où la situation de l'Algérie réclama une dérogation, il fallut l'écrire en termes exprès dans les ordonnances des 10 août 1834, 28 février 1841 et 26 septembre 1842. Voilà dix-sept ans qu'elle est abrogée [4], et depuis qu'on est revenu

[1] Nancy, 4 décembre 1847; D. P., 48, 2, 199, et 49, 2, 39.

[2] Paris, 19 et 29 novembre 1850; D. P. 51, 2, 15.

[3] Voir l'exposé précédant l'arrêt de cassation du 12 juillet 1861; D. P., 61, 1, 289.

[4] Décret du 15 décembre 1858, art. 4 et 6.

Digitized by Google

au droit métropolitain, les plus graves motifs ne l'ont pas fait fléchir. Les exemples abonderaient : il en est même d'assez récents. Ainsi une instance correctionnelle introduite par simple citation, sur la plainte déposée par un gouverneur général, en cette qualité, n'a pu être arrêtée, à la demande du successeur de celui-ci, et bien qu'il fît valoir des considérations d'un ordre élevé. Il suffisait qu'un inculpé fût assigné pour qu'un jugement devînt indispensable. Une autre fois, une poursuite intentée par un substitut, sans l'assentiment et à l'insu de son chef immédiat, a dû, quoique désapprouvée par celui-ci et par le procureur général, être portée à l'audience où l'attendait un acquittement inévitable. Telles ont toujours été les instructions de mon parquet. Elles avaient l'adhésion de la chancellerie.

La sphère d'action du magistrat, qui donne, à quelque titre que ce soit, impulsion à la vindicte publique, a des limites dont la libre parole est affranchie. A ses actes sont imposées des conditions pour empêcher tout empiétement sur les attributions de ses supérieurs ou de ses égaux, et conserver à chaque fonction sa part d'autorité. Les mêmes restrictions sont absolument sans objet et n'ont aucune raison d'être lorsqu'il a, au cours d'un débat judiciaire, une opinion à exprimer. Pour l'appréciation d'un fait ou d'un droit, il n'a que sa conscience à consulter, en s'éclairant par l'étude des textes et par un examen attentif des questions à résoudre.

Cette complète indépendance subsiste aujourd'hui telle que nos devanciers nous l'ont léguée. Elle repose sur une distinction hautement proclamée par ceux qui sont nos modèles et nos maîtres. Dans un arrêt du 14 pluviôse an XII, la Cour de cassation s'était approprié les expressions mêmes du réquisitoire de M. Merlin, faisant ressortir dans « l'officier « du ministère public deux caractères différents, celui « d'agent de la société et celui d'organe de la loi »; ajoutant « qu'impassible, comme elle, il pouvait l'être au point « de proposer en cette qualité le rejet de la demande for- « mée par lui-même comme agent de la société ».

La même déclaration de principe était faite, quelques mois plus tard, à la séance du Conseil d'État du 16 octobre 1804. Un système divergent, vers lequel l'empereur inclinait, était réfuté par MM. Regnault (de Saint-Jean d'Angély) et Treil-

Digitized by Google

hard. Les observations de ce dernier clôturaient la discussion : « Le procureur général, disait-il, est obligé de se conformer « aux ordres qu'il reçoit pour entamer la poursuite. *En-* « *suite il devient l'homme de la justice et les ordres supérieurs ne* « *règlent plus ses conclusions*..... La question, au surplus, est « oiseuse, *car jamais le gouvernement ne dictera à un procureur* « *général ses conclusions au fond.* »

L'inviolabilité de la conscience judiciaire ainsi revendiquée était, à la fois, la consécration du passé et la plus essentielle des garanties. Aussi est-elle à l'abri de toute atteinte. Elle est maintenue, protégée par un sentiment unanime. Ce sentiment est exprimé partout[1], n'a pas de contradicteur, et ses susceptibilités vont même au delà des tempéraments légalement établis. Sans critiquer le droit réservé au chef du parquet et spécialement au procureur général, de soutenir lui-même, à l'audience, des conclusions au sujet desquelles il se serait trouvé en désaccord avec ses avocats généraux et substituts, on éprouve quelque scrupule à appliquer les articles 48 et 49 du décret du 6 juillet 1810, ou du moins à les interpréter en ce sens qu'un membre du parquet soit obligé à soutenir, sans la partager, l'opinion de la majorité. Protestant contre une disposition ainsi entendue, M. Mangin a dit : « Quel « procureur général voudrait s'en prévaloir dans une affaire « criminelle? Quel avocat général voudrait s'y soumettre? » Si mes souvenirs personnels étaient ici de quelque poids, j'ajouterais que les dissidences sont fort rares. Chef et collègues sont disposés à se rallier aux appréciations de l'avocat général, qui, avec une connaissance approfondie des dossiers, a suivi toutes les péripéties du débat oral. Reconnue en principe, l'indivisibilité se fortifie par une mutuelle confiance. On ne comprendrait guère de diversité d'avis qu'au sujet d'une question de droit soulevée ou pressentie, et alors la prédominance hiérarchique consisterait, pour le procureur général, dans la faculté de porter *personnellement* l'affaire à l'audience ou de la confier à un magistrat ayant la même manière de

[1] Voir notamment Merlin, *Répertoire*, v° *Ministère public;* Carré, *Compétence*, et annotions de Victor Foucher; Legraverend, t. Ier, p. 147; Bourguignon, sur l'art. 542; Mangin, *Action publique*, n° 95; Morin, v° *Ministère public;* Faustin Hélie, *Instruction criminelle.*

Digitized by Google

voir. C'est l'extension de la règle adoptée pour la Cour de cassation [1]. Généralement pratiquée, elle sauvegarde l'unité sans faire violence aux convictions individuelles.

ROBINET DE CLÉRY.

SUBROGATION CONSENTIE PAR LE DÉBITEUR.

DES CAS D'APPLICATION DE LA SECONDE DISPOSITION DE L'ARTICLE 1250 DU CODE CIVIL.

Par M. P. Beauregard, docteur en droit.

Parmi les nombreuses controverses auxquelles a donné lieu la théorie si délicate du payement avec subrogation, l'une des plus intéressantes, mais aussi des plus difficiles à résoudre, est à coup sûr celle que suscite la rédaction de l'article 1250-2°.

Ce texte a pour objet d'autoriser le débiteur à accorder, sans que le créancier ait à intervenir, la subrogation à celui qui lui avance les deniers nécessaires au payement de la dette; il s'exprime ainsi : « La subrogation est conventionnelle :... 2° lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette et de subroger le prêteur dans les droits du créancier. »

Cette disposition paraît très-simple au premier abord, et cependant les interprètes ne sont point encore parvenus à s'entendre sur ses divers cas d'application. Les uns, dominés par cette pensée que l'institution de l'article 1250-2° est éminemment favorable au crédit et peut rendre de grands services sans causer de dommage à personne, cherchent à étendre autant qu'ils le peuvent le sens de l'expression « débiteur » qui se trouve dans notre texte; les autres, au contraire, rappelant que la matière de la subrogation repose tout entière sur une dérogation aux principes du droit commun, et qu'elle doit dès lors être tenue pour exceptionnelle, se renferment étroitement dans la lettre du Code : de là est né

[1] Ord. du 15 janvier 1826.

Digitized by Google

un débat qui, à plusieurs reprises, a vivement préoccupé la doctrine et la pratique.

Quelques hypothèses n'offrent aucune difficulté, et nous devons commencer par les écarter du débat.

Sans parler, en effet, du cas où la subrogation est consentie par le débiteur principal unique de la dette, cas évidemment visé en première ligne par l'article que nous commentons, il ne nous paraît pas douteux que l'on doive accorder le droit de se prévaloir de ce même article au codébiteur solidaire et au fidéjusseur. Chacun d'eux, en effet, peut se prévaloir de la lettre de notre disposition, car il est incontestablement *débiteur*. Quant aux effets d'une telle subrogation, sans vouloir entrer dans l'examen des difficultés que ce point pourrait soulever, voici comment nous pensons qu'ils doivent être déterminés : le subrogé succédera aux droits du créancier tels que celui-ci les avait; il pourra notamment, si la subrogation lui a été consentie par un codébiteur solidaire, réclamer le montant total de son prêt à chacun des autres codébiteurs solidaires, sans avoir à déduire la part de l'emprunteur. Si, d'ailleurs, il obtenait, en définitive, son remboursement de celui-là même, codébiteur solidaire ou fidéjusseur, qui lui a emprunté les deniers et lui a consenti la subrogation, ce dernier acquerrait par ce payement la subrogation légale, alors même que, pour le poursuivre, le subrogé n'aurait usé que de l'action personnelle née du prêt; l'emprunteur, en effet, pourrait, même dans ce cas, invoquer les termes de l'article 1251-3° qui subroge de plein droit celui qui, « étant tenu avec d'autres... au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter ».

Nous ne croyons pas non plus qu'on ait jamais contesté au tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué le droit, lorsqu'il emprunte les deniers nécessaires au payement de son prix, de subroger le prêteur dans les droits du vendeur désintéressé. Il y a plus : il pourrait accorder cette subrogation, alors même qu'au lieu de payer son prix au vendeur en personne, il en remettrait le montant aux créanciers hypothécaires premiers inscrits, pourvu d'ailleurs qu'il effectuât ce payement dans des conditions telles que le vendeur fût déchargé de sa dette envers ces créanciers. Il ne faut pas oublier, en effet, que les créanciers hypothécaires sont les man-

Digitized by Google

dataires du vendeur à l'effet de recevoir le payement de la créance du prix, et cela sans qu'il soit besoin que le vendeur leur ait expressément délégué cette créance du prix; il en résulte que l'acquéreur, ayant en réalité payé le vendeur, son créancier personnel, a pu, conformément à l'article 1250-2°, subroger le prêteur dans les droits de ce vendeur.

Les solutions que nous venons de présenter ne font l'objet, nous l'avons déjà dit, d'aucune difficulté réelle; mais la controverse apparait dès que l'on se place en dehors des situations que nous venons de supposer. On rencontre alors trois hypothèses qui donnent lieu au doute le plus sérieux, ce sont les trois suivantes :

1° Le tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué, resté débiteur de son prix de vente, emprunte à un tiers les deniers nécessaires pour payer l'un des créanciers hypothécaires inscrits, et veut subroger ce tiers prêteur dans les droits du créancier hypothécaire qu'il va désintéresser. Le pourrait-il?

L'intérêt de la question se comprend aisément. Il est bien vrai, en effet, que le tiers acquéreur peut déjà subroger le prêteur dans les droits du vendeur; mais il faut reconnaître que la subrogation dans les droits du premier créancier hypothécaire inscrit serait beaucoup plus avantageuse au prêteur. Subrogé aux droits du vendeur, il se verrait primé par tous les créanciers hypothécaires qui tiennent leurs droits du chef de ce vendeur ou des propriétaires antérieurs; subrogé au premier créancier hypothécaire, au contraire, il sera le premier remboursé si plus tard la vente de l'immeuble vient à être provoquée.

2° Le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, et nous entendons par là tout acquéreur qui n'est pas tenu de la dette du prix, soit qu'il ait déjà acquitté cette dette, soit qu'il ait acquis l'immeuble à titre gratuit, le tiers détenteur empruntant les deniers nécessaires au payement de l'un des créanciers hypothécaires inscrits, veut subroger le prêteur dans les droits de ce créancier. Le pourra-t-il? La solution de cette question présente ici un intérêt encore plus vif que dans l'hypothèse précédente, car la subrogation aux droits du créancier hypothécaire payé se trouvera souvent être le seul moyen de crédit de l'emprunteur. On ne peut, en effet, songer à une

Digitized by Google

subrogation dans les droits du vendeur, car nous supposons que l'acquisition a eu lieu à titre gratuit, ou, si elle a eu lieu à titre onéreux, que le vendeur est payé et, en conséquence, dénanti de tous ses droits.

A la situation du tiers détendeur qui a payé son prix ou qui a acquis à titre gratuit, nous assimilerons celle de l'héritier bénificiaire empruntant pour payer les dettes de la succession, car cet héritier n'est, lui non plus, lié par aucune obligation personnelle et n'est tenu que comme détenteur des biens héréditaires. La même solution conviendra donc à l'un et à l'autre de ces deux cas.

3° Enfin, on peut se demander si celui qui, étant lui-même créancier, voudrait écarter un créancier qui lui serait préférable à raison de ses priviléges et hypothèques, pourrait, en empruntant les deniers nécessaires à cette opération, subroger le prêteur dans les droits du créancier désintéressé. Il y trouverait un grand avantage puisqu'il lui serait ainsi facile de substituer à un créancier pressé de provoquer la vente un autre créancier plus patient et d'éviter une vente hâtive, susceptible peut-être de compromettre le remboursement de sa créance.

Dans les trois hypothèses que nous venons de signaler, la question, comme on le voit, est la même, et il importe de la bien préciser. Il s'agit de savoir si l'emprunteur peut se prévaloir de la disposition de l'article 1250-2° du Code civil et consentir en conséquence au prêteur, sans le concours du créancier hypothécaire désintéressé, une subrogation pleine et entière à l'effet de lui transmettre les droits de ce créancier. Nous allons essayer de résoudre cette question en supposant successivement que l'emprunt est contracté :

1° Par un tiers acquéreur resté débiteur de son prix d'achat;

2° Par un tiers acquéreur libéré de sa dette du prix (et nous rappelons qu'il faut assimiler à cette hypothèse le cas où l'emprunt est effectué par un acquéreur à titre gratuit ou par un héritier bénéficiaire);

3° Par un créancier qui veut en désintéresser un autre qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques.

Digitized by Google

§ 1er.

Le tiers acquéreur resté débiteur de son prix d'achat peut-il, en empruntant des deniers à l'effet de désintéresser le premier créancier hypothécaire inscrit sur l'immeuble, subroger le prêteur dans les droits de ce créancier, aux termes de l'article 1250-2° *du Code civil?*

C'est particulièrement à propos de cette hypothèse que la controverse s'est développée; bien plus, cette espèce est la seule que nos anciens auteurs aient eue en vue lorsqu'ils se sont préoccupés de notre difficulté.

La question n'est pas nouvelle, en effet. Déjà Renusson, dans son traité des *Subrogations personnelles* (ch. XV, nos 9 et suivants), examinait la difficulté et rapportait deux arrêts du Parlement de Paris qui l'avaient, disait-il, résolue dans des sens contradictoires; sous l'empire du Code, la controverse ne tarda pas à se réveiller : Merlin, d'un côté, M. Troplong, de l'autre, se partagèrent les suffrages des auteurs; de nos jours enfin, les écrits de MM. Aubry et Rau et Demolombe, et deux arrêts rendus sur la même affaire, l'un en 1861 par la Cour de Nîmes, l'autre en 1863 par la Cour de cassation, arrêts savamment annotés par MM. Dutruc, Gauthier et Labbé, ont donné un nouvel et vif intérêt à cette difficulté.

Plusieurs systèmes se trouvent en présence; mais avant de les exposer et pour rendre la discussion plus nette, nous voulons poser une espèce :

Primus, ayant hypothéqué son immeuble A à deux créanciers hypothécaires, soit à Pierre pour 100,000 francs et à Paul pour 50,000 francs, le vend plus tard à Secundus, moyennant 100,000 francs qu'il le charge de payer à Pierre, créancier hypothécaire du premier rang. Secundus emprunte ces 100,000 francs à Tertius, en remplissant toutes les conditions nécessaires pour le subroger dans les droits de Pierre. Le prêt est donc fait par acte notarié, sous la condition que ces deniers seront employés à désintéresser le premier créancier hypothécaire, et avec la déclaration expresse que le prêteur sera subrogé dans les droits de Pierre; plus tard, le payement ayant été effectué, l'origine des deniers est dé-

Digitized by Google

clarée dans la quittance notariée que Pierre délivre à Secundus. La subrogation ainsi consentie sera-t-elle valable?

A la question ainsi posée, de nombreux auteurs répondent par la négative, refusant au tiers acquéreur Secundus, dans tous les cas et sans distinction, le droit de subroger son prêteur Tertius dans les droits du créancier hypothécaire Pierre.

Voici sur quels arguments cette opinion se fonde :

Les termes mêmes de l'article 1250-2° du Code civil paraissent aux partisans de la négative fournir une première preuve de leur assertion, car ce texte, pour autoriser l'emprunteur à subroger le prêteur dans les droits de celui qu'il va payer, suppose qu'il est le *débiteur* de ce dernier; or, dit-on, le tiers acquéreur Secundus, tenu sans doute *propter rem* à l'égard du créancier hypothécaire Pierre, ne saurait cependant être considéré comme le *débiteur* de ce créancier. « La subrogation conventionnelle du § 2 de l'art. 1250 du Code Napoléon, disait-on en 1863 à la Cour de cassation [1], a lieu lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer *sa dette* et de subroger le prêteur dans les droits du *créancier*. Or, peut-on dire que l'acquéreur paye *sa dette* dans le sens légal lorsqu'il paye, non pas le vendeur, son créancier direct, mais les créanciers hypothécaires de son vendeur, c'est-à-dire les créanciers de son créancier? La négative semble certaine... » Tel est aussi l'argument présenté par M. Dutruc [2] lorsqu'il écrit : « Le § 2 de l'article 1250 s'applique-t-il à de semblables créanciers? On peut dire d'abord que les termes mêmes de ce paragraphe indiquent que le législateur a eu uniquement en vue le créancier direct du débiteur, et que son silence à l'égard des créanciers hypothécaires du vendeur est très-significatif, en présence, d'une part, des controverses de l'ancienne jurisprudence au sujet de la subrogation du prêteur de l'acquéreur dans les droits de ces créanciers et,

[1] V. J. du Pal., t. 1864, p. 581 : Deuxième moyen invoqué par le sieur Ripert et les autres créanciers de la faillite du sieur Perre, qui s'étaient pourvus en cassation contre l'arrêt de Nîmes du 29 janvier 1861.

[2] En note de l'arrêt de Nîmes du 29 janvier 1861. Dev. et Car., t. 1862, p. 433, note 1.

Digitized by Google

d'autre part, de la mention spéciale qui est faite de ces mêmes créanciers dans l'article 1251, relatif à la subrogation légale. »

Mais, ajoute-t-on, en dehors de cet argument de texte, on rencontre, dans l'examen des principes, des objections décisives contre le système inverse.

Comment, en effet, l'acquéreur Secundus prétendrait-il subroger le prêteur Tertius aux droits de Pierre, premier créancier hypothécaire? Cette prétention violerait manifestement la loi du contrat qui est intervenue entre lui et le vendeur! Par ce contrat, il s'est engagé, lorsqu'il payerait le premier créancier, à libérer par ce payement son vendeur Primus à l'égard de ce créancier; or, s'il pouvait, au lieu de subroger le prêteur dans les droits du vendeur, lui transmettre les droits du créancier de celui-ci, il ne lui aurait pas procuré sa libération et ne serait, en conséquence, pas libéré de sa dette du prix. Il est vrai que s'il ne peut subroger le prêteur dans les droits du créancier hypothécaire, il y sera subrogé lui-même légalement (1251-2°), mais cette subrogation ne lui donnera le droit de recourir contre le vendeur que si plus tard il est évincé par Paul, le second créancier hypothécaire, ou si la vente est résolue, tandis qu'entre les mains du prêteur la subrogation produirait immédiatement son effet, de sorte que celui-ci pourrait actionner de suite le vendeur, absolument comme aurait pu le faire Pierre, le créancier hypothécaire qui vient d'être payé. Il serait donc bien impossible de dire, en pareil cas, que Secundus a exécuté son obligation envers le vendeur; il y a donc dans l'engagement qu'il a pris envers ce vendeur un obstacle invincible à la validité de la subrogation telle qu'il veut la consentir[1].

L'analyse de la subrogation consentie par le débiteur fournit d'ailleurs aux partisans de la négative un troisième argument qui les confirme dans leur opinion.

Que se passe-t-il en effet, dit-on, lorsqu'un débiteur paye son créancier en subrogeant le prêteur de deniers dans les droits de ce créancier? Il s'opère une transmission de la créance payée et de ses accessoires, cette créance et ses

[1] V. M. Gauthier. En note de l'arrêté de Nîmes déjà cité. J. du Pal., t. 1863, p. 82.

Digitized by Google

accessoires passant du créancier désintéressé au prêteur subrogé. Or, pour que cette transmission soit possible, il faut évidemment que la créance continue à exister malgré le payement, et puisque cette transmission s'opère par l'intermédiaire du débiteur, il faut reconnaître qu'après le payement effectué la créance et ses accessoires sont venus pendant un instant de raison reposer sur la tête de ce débiteur.

A ce moment, et d'après les règles du droit commun, cette créance devrait s'éteindre, soit, dans les cas les plus fréquents, par l'effet de la confusion (les qualités de créancier et de débiteur venant à se rencontrer sur la même tête), soit, et notamment dans le cas où l'emprunteur est un tiers acquéreur resté débiteur de son prix, par l'effet de la compensation (le tiers acquéreur, Secundus dans notre espèce, se trouvant investi de la créance de celui qu'il vient de payer contre le vendeur Primus et étant, d'autre part, tenu envers ce vendeur de la dette du prix).

En résumé, nous arrivons fatalement à voir la créance payée s'éteindre dès qu'elle passe entre les mains du débiteur qui a emprunté pour effectuer le payement.

C'est alors que la loi intervient pour empêcher, dans l'intérêt du crédit public, cette extinction et permettre à la subrogation de s'effectuer, en autorisant le débiteur à renoncer à la confusion ou à la compensation légale.

Il y a là une fiction que l'on comprend aisément, lorsque le débiteur, par cette renonciation, ne cause de préjudice à personne. « La situation devient plus délicate, au contraire, lorsque, à côté du débiteur il y a des cautions ou des coobligés auxquels peut nuire la renonciation de l'acquéreur au bénéfice de la confusion. » Aussi la loi a-t-elle dû, dans cette hypothèse, recourir à une seconde fiction et supposer un mandat tacite de la part de la caution ou du coobligé, à l'effet d'autoriser le détenteur à consentir la renonciation dont il s'agit.

Mais le vendeur Primus est, lui aussi, et au premier chef, intéressé à ce que l'acquéreur ne renonce pas à la compensation, puisque l'effet de cette compensation serait de le libérer à l'égard de Pierre, premier créancier hypothécaire. Il faudrait donc, pour admettre la possibilité d'une subrogation du prêteur dans les droits de Pierre, supposer un

Digitized by Google

mandat tacite accordé par le vendeur à cet effet; or, disent nos adversaires, peut-on croire que la loi ait poussé jusqu'à ce point la fiction du mandat légal? « Comment supposer en effet, que le vendeur, qui n'a pas accordé de terme à son acheteur, qui, par conséquent, ne lui a vendu que pour être payé immédiatement, afin de payer ses créanciers et de profiter du surplus s'il y en a », qui a compté que le payement fait au créancier hypothécaire par l'acheteur Secundus le libérerait envers ce créancier, comment supposer que ce vendeur ait donné un mandat « dans le but de faciliter une subrogation destinée à conserver en de nouvelles mains les créances hypothécaires, à maintenir ses propres obligations et à l'empêcher de toucher actuellement le surplus du prix de vente s'il y en a? Comment supposer, en un mot, qu'il ait donné mandat à son acquéreur de faire un acte qui rend impossible le résultat qu'il se proposait d'atteindre en vendant?[1] »

Enfin, les partisans de la négative invoquent à l'appui de leur système l'autorité de la tradition. Le Code, disent-ils, est resté absolument muet sur la question qui nous occupe; on ne trouve ni dans les textes ni dans les travaux préparatoires aucune indication qui puisse éclairer l'interprète : il faut en conclure que le législateur a adopté sur ce point la manière de voir de nos anciens auteurs, qu'il n'a point voulu se séparer de l'ancienne jurisprudence.

Or, dit-on, la jurisprudence et les auteurs étaient unanimes pour reconnaître que le tiers acquéreur ne pouvait transférer au prêteur par la subrogation que les droits du vendeur, et pour soumettre en conséquence ce prêteur à l'application de la règle *Nemo contra se subrogasse censetur*[2].

A l'appui de cette assertion, on cite deux arrêts : l'un du 7 septembre 1871, déjà rapporté par Renusson, l'autre du 6 juin 1712, qui, dit-on, avaient résolu en ce sens la difficulté; et l'on montre que la doctrine s'était rattachée à la décision de ces deux arrêts en invoquant le témoignage de Renusson et de Pothier. Renusson, en effet, approuve formellement la

[1] V. M. Barilliet, *Revue pratique*, 1862, p. 152 et suiv. Joindre J. du Pal., t. 1864, p. 582.

[2] V. M. Barilliet, *loc. cit.*, p. 162, n° 71.

Digitized by Google

doctrine que nous combattons : quant à Pothier, voici à l'aide de quel argument M. Barilliet a cru pouvoir conquérir à la négative l'appui de son autorité. Pothier, nous dit-il, venant, dans le n° 87 de son *Introduction au titre XX de la coutume d'Orléans*, à exposer le principe que le créancier est préféré au subrogé pour ce qui lui reste dû, cite à l'appui de son assertion un arrêt du 6 juin 1712. « Or cet arrêt est précisément, dit M. Barilliet, celui que nous avons rapporté ci-dessus comme ayant fixé la jurisprudence du Parlement de Paris en faveur du vendeur : il décide que la subrogation consentie par l'acquéreur obligé de payer son prix, et qui emprunte à l'effet de payer les créanciers hypothécaires du vendeur et de subroger son prêteur dans les droits de ces créanciers, ne peut pas nuire au vendeur lui-même. »

Si Pothier cite cet arrêt, c'est évidemment qu'il en accepte la doctrine, c'est qu'il « n'admet pas que l'acquéreur puisse, afin de subroger son prêteur dans les droits des créanciers hypothécaires du vendeur, déclarer qu'il entend, en payant ces créanciers, maintenir néanmoins l'obligation personnelle du vendeur à leur égard[1] ».

Tels sont les arguments qui ont porté de nombreux auteurs à refuser, dans tous les cas et sans aucune distinction, à l'acquéreur le droit de subroger le prêteur dans les droits des créanciers hypothécaires par lui payés[2].

Ces arguments, si on laisse de côté les considérations historiques que nous venons de signaler, se divisent, on a pu le remarquer, en deux classes : dans la première, nous rangerons ceux que l'on tire du texte de l'article 1250-2° ; dans la seconde, ceux que l'on emprunte aux principes. Or, on conçoit aisément que les deux modes d'argumentation ainsi proposés aient pu ne pas avoir un succès égal auprès de certains jurisconsultes, et que l'un ait triomphé quand l'autre paraissait devoir être repoussé. C'est ce qui a eu lieu en effet,

[1] V. M. Barilliet, *loc. cit.*, p. 161.

[2] V. en ce sens : arr. de cass., 5 mai 1814 ; Toulouse, 29 février 1844, J. P., 1844, 2, 47 ; Delvincourt, t. II, p. 565 ; Toullier, t. IV, n° 171 ; Grenier, *Des hyp.*, t. II, n° 394 ; Persil, *Reg. hyp.*, t. I, art. 2103, § 2 ; Pont, *Priv. et hyp.*, art. 2103, n° 225 ; Dutruc, *loc. cit.* ; Gauthier, *loc. cit.*

Digitized by Google

et de là sont nés deux systèmes, intermédiaires entre ceux de la négative pure et de l'affirmative absolue, qui refusent, dans certains cas, à l'acquéreur la faculté de subroger le prêteur dans les droits des créanciers hypothécaires par lui payés, et la lui accordent dans d'autres.

Des deux modes d'argumentation développés par la négative, M. Labbé n'accepte que le premier. Notre savant maître ne croit pas qu'il doive résulter de l'obligation où est l'acquéreur Secundus de libérer le vendeur en payant son prix, une impossibilité pour cet acquéreur de subroger Tertius, le prêteur, aux droits du créancier hypothécaire Pierre; mais il reconnaît que l'existence de l'action hypothécaire dont est tenu l'acquéreur ne saurait suffire pour qu'on voie en lui un débiteur du créancier hypothécaire, aux termes de l'article 1250-2°.

Ce principe admis, M. Labbé était amené logiquement à établir une distinction, et à permettre la subrogation aux droits du créancier hypothécaire dans tous les cas où, par un événement quelconque, l'acquéreur se trouvera obligé personnellement envers le créancier hypothécaire. Or, ce résultat se produit dans plusieurs hypothèses : « Il en est ainsi, dit notre savant maître, lorsque l'acquéreur s'est rendu adjudicataire sur saisie ou sur surenchère du dixième, car, en réalité, ce sont les créanciers qui ont vendu; ce résultat est encore atteint, dans une vente amiable, lorsque le vendeur a délégué le prix aux créanciers, et que ceux-ci ont accepté la délégation; enfin lorsque l'acheteur, en vertu d'une vente volontaire, a fait offre de son prix aux créanciers inscrits par des notifications non suivies de surenchère. »

Dans tous ces cas, M. Labbé permettra à l'acquéreur de subroger le prêteur aux droits du créancier hypothécaire. Dans toute autre hypothèse, au contraire, la subrogation aux droits du vendeur lui paraîtrait seule valable.

Disons de suite que, dans les divers cas où l'acquéreur se trouve obligé personnellement envers les créanciers hypothécaires, M. Labbé lui permet, non-seulement de subroger le prêteur aux droits de ces créanciers, mais encore de le « subroger *cumulativement* et dans le privilége du vendeur et

Digitized by Google

dans les hypothèques des créanciers des anciens propriétaires[1] ».

M. Barilliet, au contraire, part d'un point de vue exactement opposé à celui qui sert de base au système de M. Labbé. Il ne croit pas qu'il soit « exact de dire, avec Merlin, que le créancier hypothécaire du vendeur n'est pas et ne peut pas être, à l'égard de l'acquéreur, le créancier dont parle l'article 1250-2°, parce que la créance du prix de vente n'appartient pas aux créanciers du vendeur, mais au seul vendeur... On ne peut pas, dit-il, se refuser à reconnaître que le créancier hypothécaire est le *créancier propter rem* de l'acquéreur, et que celui-ci, en payant ce créancier, paye *sa dette, ou une partie de sa dette.* Il se trouve donc autorisé, d'après les termes stricts de l'article 1250-2°, à payer, avec subrogation de son prêteur, le créancier hypothécaire inscrit sur l'immeuble vendu[2] ». M. Barilliet ne voit d'obstacle à la subrogation dont nous parlons que dans la compensation qui s'opère lorsque, par le fait du payement, la créance payée passe aux mains du tiers acquéreur[3] Secundus et dans l'impossibilité qu'il y a selon lui, en présence de l'engagement pris par ce tiers acquéreur de libérer le vendeur Primus à l'égard du créancier hypothécaire Pierre, de supposer que ce vendeur ait donné un mandat tacite à l'effet d'autoriser le tiers acquéreur (Secundus) à renoncer aux effets de la compensation dont nous venons de parler.

Dès lors, M. Barilliet est amené à autoriser la subrogation du prêteur (Tertius) aux droits du créancier hypothécaire (Pierre) dans deux cas : 1° quand l'acquéreur Secundus n'est pas tenu, au moment où il paye le créancier hypothécaire des deniers empruntés, de libérer son vendeur envers ce créancier, c'est-à-dire lorsqu'il doit le prix de vente à terme et qu'il désintéresse Pierre avant l'échéance du terme; 2° quand la compensation ne peut point s'effectuer d'après les règles du droit commun, c'est-à-dire lorsque « la créance payée

[1] V. M. Labbé, Observations sur l'arrêt de cassation du 28 avril 1863; J. du Pal., 1864, p. 579, note 3.

[2] V. M. Barilliet, *loc. cit.*, p. 117 et 118.

[3] V. plus haut, p. 447.

Digitized by Google

avec les fonds empruntés n'est pas actuellement exigible », pourvu, d'ailleurs, qu'il ne l'ait point rendue exigible par l'accomplissement des formalités de la purge[1].

Nous ne partageons aucune des opinions que nous venons d'exposer, et nous croyons que, dans tous les cas et sans aucune distinction, l'acquéreur peut subroger le prêteur dans les droits du créancier hypothécaire qu'il désintéresse. Cette opinion n'est pas nouvelle, et nous avons déjà dit qu'elle comptait parmi ses partisans d'éminents jurisconsultes; cependant nous n'avons trouvé dans aucun des écrits de ces savants auteurs la réfutation directe des arguments de la négative. La plupart se contentent d'indiquer incidemment leur opinion sans se préoccuper de l'établir[2], et M. Mourlon lui-même, bien qu'il consacre de longs développements à la difficulté et la résolve dans le sens de l'affirmative, ne s'est pas non plus attaché à réfuter les arguments empruntés par nos adversaires aux principes juridiques[3].

Ce silence s'explique d'ailleurs aisément, ces arguments juridiques n'ayant reçu leur formule définitive qu'assez récemment, lorsque les deux arrêts de 1861 et de 1863 que nous avons signalés donnèrent à la controverse un nouvel essor.

Nous voulons essayer de combler cette lacune; mais auparavant il nous reste à exposer une opinion proposée récemment par MM. Aubry et Rau et Demolombe. Nous nous rencontrons avec ces éminents auteurs en ce que, comme nous, ils tiennent pour valable la subrogation consentie par Secundus, le tiers acquéreur, au prêteur Tertius dans les droits de créancier hypothécaire Pierre; mais il nous est impossible de nous rallier à l'argumentation qui les mène à ce résultat.

L'acquéreur, disent-ils, lorsqu'il paye le créancier premier inscrit sur l'immeuble, est, aux termes de l'article 1251-2°, subrogé légalement dans les droits de ce créancier; eh bien! rien ne l'empêche de *subroger le prêteur au bénéfice de cette subrogation légale*, et cette opération produira des effets iden-

[1] V. M. Barilliet, *loc. cit.*, p. 173.

[2] Cpr. MM. Troplong, *Priv. et hyp.*, t. I, p. 234; Larombière, *Oblig.*, t. III, art. 1252, n° 39; de Caqueray, *Revue pratique*, t. VI (n° 2).

[3] V. Mourlon, *Subrog. pers.*, p. 339 à 343.

Digitized by Google

tiques à ceux que produirait une subrogation consentie dans les termes de l'article 1250-2°.

« Il faut comprendre, dit M. Demolombe, sous ce mot *débiteur*, que l'article 1250-2° emploie, toute personne qui, étant tenue du payement de la dette, ou ayant intérêt à la payer, se trouve dans l'un des cas de subrogation légale : le codébiteur solidaire, la caution, le tiers détenteur, l'héritier bénéficiaire; de sorte que si cette personne payait de ses propres deniers, la subrogation légale s'accomplirait de plein droit à son profit. Pourquoi, en effet, ne pourrait-elle pas, en payant avec des deniers empruntés, subroger le prêteur au bénéfice de la subrogation légale, qui résulte à son profit du payement par elle fait? Il n'y aurait de cela aucun motif. »

Plus loin, l'éminent jurisconsulte, après avoir appliqué ce raisonnement au tiers acquéreur qui emprunte pour payer les créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble, en tire la conséquence suivante : « Ce qui résulte de notre doctrine, dit-il, c'est que le tiers prêteur, subrogé par l'acquéreur aux droits des créanciers antérieurs, sera préféré aux créanciers postérieurs du vendeur originaire ou des précédents propriétaires, s'il arrive que le prix de la revente de l'immeuble soit inférieur à celui de la première vente. C'est aussi, par suite, qu'il sera préféré au vendeur lui-même, dont le privilége devra céder le pas à la subrogation. »

Et, notons-le, M. Demolombe reconnaît au prêteur subrogé le droit de primer les créanciers inférieurs à celui qui a été désintéressé de ses deniers et le vendeur, alors même que le prix n'aurait pas été entièrement payé par le tiers acquéreur. Cela ressort déjà, en ce qui concerne le vendeur, de la phrase que nous venons de rapporter, le privilége du vendeur ne pouvant subsister qu'autant que le prix de vente n'a pas été payé tout entier. En ce qui touche les créanciers hypothécaires inférieurs, la vérité de notre assertion ressortira de cet autre passage que nous demandons la permission de citer tout au long :

« Pour plus de clarté dans cette démonstration un peu abstraite, dit M. Demolombe, posons une espèce. Nous ne saurions mieux faire que de reproduire celle qui a été posée par l'un des dissidents les plus autorisés. Voici donc l'es-

Digitized by Google

pèce que M. Paul Pont suppose, et la solution qu'il y applique :

« Un immeuble, que je vous ai vendu 100,000 francs, était grevé de trois hypothèques, en faveur de Pierre, de Paul et de Joseph, auxquels a été délégué le prix de 100,000 francs, stipulé entre nous. Jacques vous a prêté, en se faisant subroger une somme de 50,000 francs, employée par vous à désintéresser Pierre et Paul, mes créanciers hypothécaires premiers inscrits. Puis l'immeuble est saisi et vendu sur vous, acquéreur. Dans cette situation, le droit de Jacques, prêteur de deniers, devra s'effacer d'abord devant celui de Joseph, mon troisième créancier, qui, m'étant préférable, sera colloqué le premier. Puis il devra s'effacer encore devant celui que j'ai moi-même, en vertu de l'article 1252 du Code Napoléon, comme vendeur, resté créancier d'une portion du prix de la vente que je vous ai consentie. Ceci n'est pas mis en question.

« Mais il y a quelque difficulté sur le point de savoir si la solution serait la même dans le cas où le prêteur de deniers serait subrogé, non point au vendeur, mais aux créanciers du vendeur, payés avec les fonds qu'il aurait prêtés. »

« Le savant auteur, ajoute M. Demolombe, conclut toutefois que la solution doit être, dans ces deux cas, la même, et que le droit du subrogé devra toujours s'effacer devant le droit des créanciers postérieurs et devant celui du vendeur. Notre avis est, au contraire, qu'il existe, entre l'un et l'autre cas, une différence capitale. Et la solution de M. Pont, qui est exacte dans le premier cas, ne l'est pas, suivant nous, dans le second[1]. »

Ainsi, nulle équivoque n'est possible; M. Demolombe déclare le prêteur subrogé au bénéfice de la subrogation légale acquise à l'acquéreur aux termes de l'article 1251-2°, préférable aux créanciers postérieurs et au vendeur, alors même que le prix n'a pas été entièrement payé par le tiers acquéreur.

Le savant auteur ne s'est pas expliqué sur les autres con-

[1] V. M. Demolombe, *Contrats*, t. IV, p. 343 et suiv. Cf. MM. Aubry et Rau, t. IV, p. 176 (4e édition).

Digitized by Google

séquences possibles de sa doctrine, mais des divers fragments que nous venons citer il semble bien que l'on peut conclure qu'il fait produire à la subrogation du prêteur, au bénéfice de la subrogation légale de l'article 1251-2°, les mêmes effets que ceux qui résulteraient d'une subrogation directe dans les droits du créancier hypothécaire payé, accordée conformément à l'article 1250-2°, si cette subrogation était possible.

Nous ne croyons pouvoir accepter ni la théorie que nous venons d'exposer, ni les conséquences qu'on lui fait produire.

Et d'abord, nous ne pensons pas que le tiers acquéreur, Secundus, puisse subroger au bénéfice de la subrogation légale qui résulte à son profit du payement par lui fait à Pierre. La subrogation est, en effet, une matière de droit étroit que l'on ne peut étendre au delà des cas expressément prévus par la loi ; or, la subrogation imaginée par les auteurs que nous combattons sort complétement des termes de l'article 1250-2°. Ce texte, en effet, permet au débiteur de subroger le prêteur, non pas aux droits que lui, débiteur, peut acquérir par le payement, mais, tout au contraire, aux droits que possède, tant contre lui que contre d'autres, le créancier qu'il va payer. C'est ce qui ressort jusqu'à l'évidence de la rédaction même de notre article : « La subrogation est conventionnelle : ... 2° lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette et de subroger le prêteur *dans les droits du créancier.* »

Ce que nous reconnaissons, c'est que Secundus, le tiers acquéreur, peut *céder* au prêteur Tertius le bénéfice de la subrogation légale, mais cette cession opérera comme toute cession de créance : le prêteur sera en conséquence astreint à l'observation des articles 1689 et suivants du Code civil sur l'ensaisissement, et l'enregistrement pourra réclamer un droit de cession, indépendamment du droit de quittance auquel donne lieu déjà le payement accompagné de subrogation légale.

Mais nous allons plus loin, et nous disons que quand même on reconnaîtrait au tiers acquéreur le droit de subroger le prêteur au bénéfice de la subrogation légale qui s'opère à son profit, il serait encore impossible d'assimiler cette opération

Digitized by Google

à une subrogation directe du prêteur dans les droits du créancier payé.

La subrogation dont parle M. Demolombe doit en effet, si elle est possible, placer Tertius, le prêteur, dans une situation absolument identique à celle que ferait au tiers acquéreur, Secundus, le bénéfice de l'article 1251-2°; or, s'il est vrai qu'en principe la subrogation produit, dans tous les cas où elle a lieu, les mêmes effets, cette règle subit précisément une exception en ce qui concerne la subrogation légale de l'article 1251-2°. Cette dernière produit à deux points de vue des effets moins complets que ceux d'une subrogation conventionnelle ordinaire.

1° La subrogation conventionnelle ordinaire, si elle était possible, transmettrait à notre prêteur Tertius les droits du créancier hypothécaire payé, Pierre, aussi complets que lorsqu'ils se trouvaient entre les mains de ce créancier. Tertius pourrait, en conséquence, poursuivre de suite, non-seulement l'emprunteur Secundus, mais le vendeur lui-même. L'acquéreur subrogé légalement, au contraire, acquiert bien, sans doute, les droits du créancier hypothécaire, et parmi eux la créance de ce dernier contre Primus le vendeur; mais il ne pourra exercer cette créance que si plus tard il est évincé, ou si la vente est résolue, car on ne comprendrait pas que, le contrat de vente subsistant intact, il prétendît réclamer ce qu'il vient de payer à titre de prix de vente.

2° Le prêteur, s'il était subrogé conventionnellement aux droits du créancier hypothécaire payé, pourrait incontestablement, en supposant que l'immeuble soit plus tard vendu, primer dans la distribution du prix le vendeur incomplétement payé, car il se trouve, à cet égard, mis à la place et dans tous les droits du créancier hypothécaire auquel il est subrogé. Il en est tout autrement, au contraire, de l'acquéreur subrogé légalement aux termes de l'article 1251-2°. « L'acquéreur, dit très-justement M. Labbé, ne saurait se faire une arme de la subrogation aux droits des créanciers hypothécaires par lui payés, contre son vendeur qui réclame, non la résolution de la vente, mais le payement du prix [1]. » Autre-

[1] M. Labbé, J. P., *loc. cit.*; V. aussi M. de Caqueray, *Rev. prat.*, *loc. cit.*, p. 88.

Digitized by Google

ment, en effet, on lui permettrait, en réalité, de reprendre le prix qu'il a payé. Il faut même reconnaître que, pour une raison identique, l'acquéreur Secundus devrait, jusqu'à concurrence de ce qu'il reste devoir du prix de vente, céder le pas à Paul, créancier hypothécaire inférieur à celui qu'il a désintéressé.

On voit, en résumé, qu'il existe de graves différences entre la subrogation légale de l'article 1251-2° et la subrogation conventionnelle de l'article 1250-2°; nous sommes donc en droit de dire que, quand même les savants auteurs que nous combattons arriveraient à établir la validité de la subrogation du prêteur au bénéfice de la subrogation légale de l'article 1251-2°, leur but ne serait pas encore atteint, cette opération étant bien loin de pouvoir remplacer la subrogation directe dans les droits de créancier hypothécaire payé.

Quoi qu'il en soit, cette subrogation directe dans les droits du créancier hypothécaire payé, Pierre, il faut selon nous, autoriser le tiers acquéreur, Secundus, à la concéder à Tertius, prêteur de deniers, et nous allons essayer d'établir notre opinion en montrant que le tiers acquéreur est compris dans les termes de l'article 1250-2°, et en répondant aux objections présentées par les partisans de la négative.

Nous tenons d'abord à montrer que, quoi qu'on en dise dans l'opinion que nous combattons, la question n'est point tranchée par les arguments historiques que l'on met en avant. Le système de la négative, nous dit-on, ne fait que reproduire « le sentiment unanime des auteurs et de la jurisprudence » dans l'ancien droit; or, de tous nos anciens auteurs, il n'y a que Renusson qui se soit spécialement occupé de notre question, et, quant aux arrêts, le seul qui ait réellement tranché la difficulté qui nous occupe présente une solution directement contraire à celle de nos adversaires [1]. On cite, il est vrai, dans le sens de la négative, deux décisions du Parlement de Paris, l'une du 7 septembre 1671 [2], l'autre du 6 juin 1712 [3]; mais ces deux arrêts ne statuaient pas sur notre espèce, ainsi que nous allons le montrer.

[1] V. arrêt du 10 avril 1677 cité par Renusson, ch. xv, n° 12.
[2] V. Renusson, ch. xv, n° 10.
[3] *Journal des audiences*, t. VI, l. II, ch. xxxii.

Digitized by Google

« Le sieur Barilliet, rapporte Renusson, avait vendu les terres de Bellair et de Souploire au sieur de Vignole pour 8,700 livres payables à ses créanciers qu'il avait dénommés et délégués par le contrat, et, outre cette somme, à la charge de payer une rente foncière de 2,000 livres. L'acquéreur serait entré en payement et aurait payé aux plus anciens des créanciers jusqu'à concurrence de 5,800 livres qu'il avait empruntés avec déclaration et subrogation au profit des personnes qui lui avaient prêté leurs deniers. Il était encore dû par Vignole du prix de son acquisition 2,700 livres, outre la rente foncière de 2,000 livres dont lesdites terres de Bellair et de Souploire demeuraient chargées.

« Depuis les terres furent saisies réellement à la requête des créanciers du sieur de Vignole, la vente et adjudication par décret en fut poursuivie devant le sénéchal d'Anjou au siége d'Angers. Le sieur Barillon s'opposa pour les 2,700 livres restantes à payer à ses créanciers qu'il avait délégués, ensemble pour la rente foncière de 2,000 livres qu'il s'était réservée, dont il était dû plusieurs années d'arrérages; il fit la demande contre les créanciers de l'acquéreur, qu'ils fussent tenus de faire revendre les deux terres, à si haut prix que les créanciers qu'il avait délégués par le contrat de vente fussent entièrement payés, et en outre à la charge de la rente foncière de 2,000 livres, sinon qu'il rentrerait en la propriété et jouissance des deux terres. »

Débouté d'abord de sa demande par le lieutenant général d'Angers, le sieur Barillon en appela au Parlement de Paris qui, par arrêt du 7 septembre 1671, lui donna gain de cause.

Or, il est facile de voir qu'il n'y a dans cette espèce aucune question de préférence engagée. Le vendeur tient seulement à éviter les effets d'une vente à vil prix et il y arrive en se servant, non pas de son privilége, mais de son droit de résolution. Il dit aux prêteurs subrogés : Si vous pouvez vendre de telle façon qu'après que vous vous serez payés sur le prix d'adjudication, mes autres créanciers soient désintéressés et que moi-même je reçoive le service de la vente que j'ai stipulée, je ne m'oppose pas à ce que la saisie par vous pratiquée suive son cours, car la vente que j'avais consentie au sieur de Vignole recevra par là son plein et entier

Digitized by Google

effet. Mais si vous ne pouvez trouver actuellement un prix suffisant de l'immeuble, je préfère le reprendre et j'exerce dans ce but mon droit de résolution. Sans doute vous garderez vos droits et vous pourrez me réclamer le remboursement de vos avances, mais je suis en mesure de vous payer, et j'éviterai ainsi la perte que me ferait éprouver une vente intempestive.

L'arrêt du Parlement, en donnant gain de cause au vendeur, restait parfaitement fidèle aux principes, et, dans tous les cas, ne tranchait qu'une question de résolution et non pas une question de subrogation[1].

L'arrêt de 1712 n'est pas plus favorable au système de la négative. Il est vrai que l'auteur du *Journal des audiences* le rapporte sous cette rubrique : *Subrogation aux créanciers du vendeur n'a lieu contre le vendeur même, restant créancier pour une partie du prix*, mais c'est évidemment à tort, vu les faits de l'espèce dont il s'agit.

« La veuve d'Humermont vend la ferme du Rotois 10,150 livres à Liévain, 500 livres comptant, le surplus payable à son acquit, et consent la subrogation pour ceux qui prêteront. Langlet prête, on emploie ses deniers... » Plus tard, le prix n'ayant pas été intégralement payé, le fils de la veuve d'Humermont obtient la résolution de la vente. Langlet l'attaque alors en disant « que son argent ayant été employé à payer des créanciers, il est subrogé même contre d'Humermont ». Il échoue dans sa prétention.

Faut-il en conclure avec le rapporteur de l'arrêt que : « subrogation aux créanciers du vendeur n'a lieu contre le vendeur restant créancier pour une partie du prix »? Évidemment non, car Langlet n'était pas subrogé aux droits des créanciers du vendeur et ne pouvait pas l'être. Il tenait, en effet, la subrogation, non pas de ces créanciers, non pas, non plus, du tiers acquéreur, mais du *vendeur*. Il était donc subrogé dans les droits de ce vendeur qui, à tort ou à raison (car les prétentions de Langlet sont indiquées d'une façon très-obscure), invoquait la maxime *nemo contra se subrogasse censetur*. Il suffit, pour se convaincre que telle était bien l'espèce, de relire la première phrase que nous avons citée : « La

[1] Cpr. MM. Aubry et Rau, t. IV, p. 177, note 32.

Digitized by Google

veuve d'Humermont vend... *et consent la subrogation pour ceux qui prêteront.* »

Ajoutons du reste que tel était bien le sens donné par Pothier à l'arrêt de 1712, car il le cite comme application de la règle que « la subrogation ne peut jamais être opposée ni préjudicier *au créancier qui a subrogé*[1] »; et cette simple observation nous suffira pour repousser l'argument subtil à l'aide duquel M. Barilliet (V. *suprà*, p. 449) croit pouvoir invoquer en faveur de la négative l'autorité du grand jurisconsulte.

En résumé, les précédents historiques nous paraissent laisser la question parfaitement intacte; c'est donc aux expressions des textes et à l'examen des principes que nous devons recourir pour en trouver la solution.

Si l'on s'attache d'abord aux textes, il paraît bien difficile de refuser au tiers acquéreur le bénéfice de l'article 1250-2°. L'expression *débiteur* qu'emploie cet article est, en effet, très-générale, et l'analyse des rapports qui s'établissent entre le tiers acquéreur et les créanciers hypothécaires ne fournit aucune raison plausible pour repousser l'application à ces rapports du texte dont nous parlons. C'est ce que la Cour de Nîmes[2] exprimait parfaitement lorsqu'elle disait dans ses considérants : « Vainement alléguerait-on que la propriété du prix appartient au vendeur, dont l'adjudicataire (ici l'acquéreur) ne serait que le délégué où le mandataire pour faire arriver les sommes à qui de droit : cette appréciation, quel qu'en soit le mérite, ne saurait empêcher que les créanciers inscrits ne soient en possession, vis-à-vis de l'adjudicataire, d'un droit propre résultant de leur créance hypothécaire; ce droit est énergique, il a sa sanction dans l'obligation de celui-ci d'abandonner l'immeuble s'il ne désintéresse pas les porteurs de bordereaux, et lorsqu'il existe entre deux personnes un lien dont il résulte que l'une peut exiger de l'autre le payement d'une somme ou le délaissement d'un immeuble, *ce serait jouer avec le sens des mots que de se refuser à caractériser un lien de cette nature par ceux de* CRÉANCIER *et de* DÉBITEUR.

[1] Pothier, *Introd. au tit. XX, cout. d'Orl.*, n° 87.
[2] V. J. du P., 1863, p. 82 et suiv.

Digitized by Google

Cet argument prend une force plus grande encore quand on s'attache au résultat poursuivi par la loi. La subrogation, en effet, n'a d'autre but que de permettre à un débiteur de trouver plus aisément les deniers dont il a besoin pour se libérer; or, pour garder l'immeuble hypothéqué, le tiers acquéreur *Secundus* ne doit-il pas se *libérer* envers le créancier hypothécaire Pierre aussi bien qu'envers son vendeur Primus? Pourquoi lui aurait-on refusé les moyens d'y parvenir?

Mais on nous objecte que notre doctrine viole les principes, et nous devons maintenant examiner si ce reproche est fondé.

Il est, nous dit-on, impossible d'admettre que le Code ait supposé l'existence de la part du vendeur d'un mandat tacite autorisant le tiers acquéreur à renoncer à la compensation et à frustrer le vendeur du bénéfice (sa libération envers le créancier hypothécaire) qu'il attend de la vente qu'il vient de faire.

Nous répondons d'abord que ce mandat tacite n'est pas nécessaire, et de plus que sa nécessité fût-elle démontrée, nous approuverions le Code d'en avoir supposé l'existence.

Ce mandat n'est pas nécessaire, selon nous, parce que nous ne croyons pas que la compensation soit possible, comme on le prétend : c'est, en effet, partir d'un point de vue inexact que de penser que la subrogation ne saurait s'effectuer aux termes de l'article 1250-2° sans que la créance repose un instant sur la tête du débiteur Secundus, qui emprunte et consent la subrogation. La vérité est que ce n'est pas ce débiteur qui transmet la créance, mais que, par une fiction de la loi, c'est Pierre, le créancier désintéressé lui-même, qui est censé consentir la subrogation [1].

Cette réponse, péremptoire selon nous, s'appuie sur l'origine même de la subrogation consentie par le débiteur, car l'ordonnance d'Henri IV n'eut, comme on sait, d'autre but que de permettre aux débiteurs de déjouer les calculs de leurs créanciers, et de les autoriser à placer, sans le consentement de ces derniers, le prêteur dans la même situation que celle que lui aurait faite une subrogation consentie par

[1] V. Conf. Rapport de M. Calmètes à propos du procès Ripert, du 28 avril 1863. J. du P., 1864, p. 583.

Digitized by Google

ces créanciers eux-mêmes. Et c'est bien ainsi que nos anciens auteurs avaient compris l'ordonnance de 1609, car Pothier exposait en ces termes « les principes de notre droit français » en ce qui touche « la subrogation qui se fait par la convention avec le débiteur » : Suivant ces principes, disait-il, lorsqu'un nouveau créancier fournit ses deniers au débiteur, à la charge qu'ils serviront à payer l'ancien, et qu'il lui sera subrogé... *l'ancien créancier, ou la loi pour lui, sont censés lui faire la cession de sa créance.* »

Nous arrivons donc à cette conclusion que le prêteur subrogé, Tertius, tient ses droits, non pas du tiers acquéreur, Secundus, qui lui a consenti la subrogation, mais bien du créancier hypothécaire Pierre, payé de ses deniers, de sorte que, au point de vue des principes et en dehors de toute question de texte, on ne pourrait logiquement refuser au tiers acquéreur le droit de subroger le prêteur, qu'à la condition de prouver que le créancier hypothécaire lui-même ne pourrait pas lui accorder la subrogation; or cette assertion serait évidemment impossible à justifier, surtout en présence des termes de l'article 1250-1° qui permet de consentir la subrogation dans ses droits et actions à tout créancier « recevant son payement d'une tierce personne [1] ».

[1] On a pourtant, et à deux reprises, essayé de soutenir que le créancier hypothécaire ne pouvait subroger le prêteur dans ses droits, de telle façon que ce prêteur fût préféré aux autres créanciers d'ordre inférieur et au vendeur.

Renusson s'exprimait ainsi à ce sujet : « Le prix de la chose vendue doit être payé entièrement aux créanciers du vendeur, et, jusqu'à ce que le prix leur soit entièrement payé, la subrogation qui aurait été consentie par aucun d'eux à celui qui aurait prêté ses deniers à l'acquéreur pour le payer, ne peut nuire ni préjudicier aux autres créanciers du vendeur, ni empêcher que le prix de la chose ne leur soit entièrement payé. Les créanciers du vendeur représentent tous ensemble le vendeur,... et comme le vendeur qui reçoit partie du prix de la chose vendue, et qui consent la subrogation à celui qui a fourni les deniers du payement, n'est pas censé subroger contre lui-même, il en est de même de ses créanciers, qui ont été délégués par le vendeur sur le prix de la chose vendue; la subrogation qui serait consentie par aucun d'eux ne peut avoir effet qu'après que le prix de la chose vendue leur aura été payé entièrement, et ne doit pas nuire aux autres. » (*Subr. pers.*, ch. xv, n° 15.)

Nous n'hésitons pas à repousser cette argumentation, qui repose évidemment sur une idée fausse. Il n'est pas admissible, en effet, que, par le fait de la délégation, les droits des créanciers hypothécaires, jusque-là indépen-

Digitized by Google

Mais il y a plus, et alors même que la nécessité d'un mandat tacite de la part du vendeur Primus serait démontrée pour la validité de la subrogation que nous supposons, nous ne saurions blâmer la loi d'avoir présumé l'existence de ce mandat. Que nous objecte-t-on en effet? Que le vendeur a trop d'intérêt à ce que le payement ait lieu sans subrogation, pour avoir autorisé cette subrogation? Mais la caution n'a-t-elle pas le même intérêt? Et cependant l'article 1252 déclare que dans tous les cas où elle aura lieu, la subrogation produira son effet contre elle? On explique cette disposition du Code en disant que le législateur a présumé que le fidéjusseur, en s'engageant, avait donné au débiteur mandat de faire tout ce qu'il croirait utile pour arriver à se libérer. Eh bien! cette considération ne s'applique pas avec moins

dants et rivaux, arrivent à se confondre pour ne plus former, en quelque sorte, qu'une seule et même créance. D'ailleurs, Renusson, dans sa sollicitude pour les créanciers d'ordre inférieur, ne remarquait pas qu'il causait le plus grave préjudice aux créanciers supérieurs. Le droit de subroger le tiers qui avance les deniers est, en effet, l'une des plus précieuses prérogatives d'un créancier, puisqu'il a pour effet de lui faciliter l'obtention du payement de sa créance; or, il est évident que ce droit perdrait toute sa valeur entre les mains du premier créancier, si celui-ci ne pouvait plus, en subrogeant le tiers acquéreur, lui assurer la préférence sur les autres créanciers et sur le vendeur. On atteindrait ainsi son crédit de la façon la plus grave et la plus arbitraire. (Cfr. M. de Caqueray, *Revue pratique, loc. cit.*, p. 98.)

De nos jours, M. Barilliet (*loc. cit.*, p. 118) a soutenu que le créancier hypothécaire ne pouvait pas subroger dans ses droits le tiers qui avance les deniers pour le payer.

Le tiers, dit le savant auteur, s'il réclame la subrogation dans les droits du créancier, ne libère pas l'acquéreur envers le vendeur; dès lors il ne peut y avoir de payement avec subrogation, « car pour payer avec subrogation, il faut agir dans l'intérêt du débiteur. Il y aura un acte ayant beaucoup d'analogie avec la cession de créance ».

Cette argumentation nous paraît inacceptable, et nous ne comprenons pas comment M. Barilliet a pu dire que le tiers, parce qu'il réclame la subrogation aux droits du créancier hypothécaire, « agit en son propre nom, et non pas dans l'intérêt du débiteur ». Sans doute, il ne libère pas l'acquéreur envers le vendeur, mais il le libère envers le créancier hypothécaire qui, de l'opinion même de M. Barilliet (p. 117), est le « créancier *propter rem* de l'acquéreur ».

Ajoutons que la théorie de l'honorable auteur ne saurait être mise en accord avec l'esprit de l'article 1250-2° qui déclare la subrogation conventionnelle possible « lorsque le créancier reçoit son payement d'une tierce personne... »

Digitized by Google

de force dans l'hypothèse qui nous occupe, car il ne faut pas oublier que presque toujours l'intérêt du vendeur sera le même que celui de l'acquéreur. Si, en effet, le premier créancier Pierre, pressé d'obtenir son payement, ne peut le recevoir de l'acquéreur insolvable Secundus, ou il fera saisir et vendre l'immeuble, ou il se retournera contre le vendeur Primus, son débiteur principal. Celui-ci n'aura-t-il pas le plus souvent intérêt à éviter une vente inopportune de l'immeuble, ou des poursuites funestes à son crédit, et à approuver en conséquence l'emprunt contracté par l'acquéreur avec subrogation dans les droits du créancier hypothécaire? Sans doute, il n'aura pas ainsi obtenu sa libération, mais il aura substitué à un créancier menaçant un créancier plus patient, et permis ainsi à l'acquéreur, dont l'embarras n'est peut-être que passager, d'exécuter une vente faite, peut-être, dans des conditions avantageuses pour lui vendeur.

Enfin, s'il n'a aucun intérêt à laisser effectuer cette opération, ne reste-t-il pas toujours maître d'agir comme il aurait pu le faire auparavant, en provoquant soit la vente de l'immeuble, soit la résolution de la vente?

Nous ne rencontrons donc jusqu'ici, dans les principes, aucune objection sérieuse à notre théorie.

Mais on nous oppose que nous allons permettre à l'acquéreur de violer le contrat qu'il a passé avec son vendeur (V. notre page 446), puisque ce dernier ne sera pas, comme il devrait l'être, libéré vis-à-vis du créancier hypothécaire, premier en rang. Nous répondrons qu'il y a dans ce résultat, non pas *violation* du contrat de vente, mais seulement *non-exécution* de ce contrat. Il nous paraît incontestable, en effet, que Primus, le vendeur, ne sera pas payé, que l'acquéreur Secundus restera débiteur du prix à son égard; mais il ne résulte pas de là que l'acquéreur ne puisse pas, s'il y a intérêt, faire l'opération dont nous parlons. Et l'on comprend fort bien qu'il puisse y trouver un intérêt : le créancier hypothécaire Pierre réclame peut-être impérieusement son payement et menace de saisir l'immeuble, l'acquéreur s'adresse à un ami pour emprunter les deniers nécessaires au payement du créancier poursuivant; sans doute il désirerait, en faisant ce payement, se libérer à la fois et à l'égard du vendeur Primus et à l'égard du premier créancier hypothécaire

Digitized by Google

Pierre, mais pour cela il faudrait que le prêteur consentît à ne recevoir que la subrogation aux droits du vendeur, tandis qu'il réclame, au contraire, la subrogation, beaucoup plus avantageuse pour lui, aux droits du créancier hypothécaire. Que fera l'acquéreur? Il consentira cette subrogation sachant que son ami n'exercera pas de suite son recours contre le vendeur, il payera le créancier qui le menace, et s'efforcera de rembourser le subrogé avant que la saisie de l'immeuble ne soit provoquée. Il n'y a dans toute cette opération aucune manœuvre dolosive, et nous ne comprendrions pas qu'on lui refusât le droit d'agir ainsi.

Seulement, le payement ayant été fait au premier créancier hypothécaire dans les conditions que nous venons de supposer, il nous paraît bien évident que l'acquéreur n'est pas libéré envers le vendeur de la dette du prix. Le vendeur reste son créancier, et de là nous concluons, contrairement à l'opinion de M. Labbé (V. page 450), que le tiers prêteur Tertius n'a pas pu être subrogé aux droits du vendeur Primus en même temps qu'aux droits du créancier hypothécaire Pierre. — Ces deux subrogations nous paraissent incompatibles : le tiers acquéreur peut subroger le prêteur aux droits du vendeur *ou* aux droits du créancier hypothécaire, mais il ne peut le subroger cumulativement aux uns *et* aux autres.

Nous ferons, du reste, remarquer que la convention même des parties ne saurait en rien atténuer la portée de cette dernière proposition. On pourrait penser, en effet, que tout obstacle à une double subrogation dans les droits du vendeur et dans les droits du créancier hypothécaire disparaîtrait, si le prêteur, en stipulant la subrogation aux droits du créancier hypothécaire, renonçait à poursuivre le vendeur en le tenant pour libéré ; mais cette combinaison est impossible, car, ainsi que le dit Pothier, « nous ne connaissons point la solennité de l'acceptation... lorsqu'un créancier a convention avec le débiteur de ne point exiger de lui la dette, cette convention, d'après la simplicité de notre droit français, libère, de plein droit, le débiteur... la libération du debiteur entraîne nécessairement celle des cautions », ajoutons « et des tiers détenteurs. [1] » Le prêteur donc, qui, après avoir stipulé la

[1] V. Pothier, *Oblig.*, n° 380, p. 205 de l'Édit. Bugnet.

Digitized by Google

subrogation aux droits du créancier hypothécaire, promettrait de tenir le vendeur pour libéré, détruirait par cette seconde partie de la convention l'effet de la première.

APPENDICE AU § 1er.

La question que nous nous étions posée étant ainsi résolue, nous allons, avant de passer au second paragraphe, examiner deux difficultés qui se rattachent à la controverse que nous venons d'exposer.

I. Nous avons dit que le tiers acquéreur pouvait, à son choix, subroger le prêteur ou dans les droits du vendeur, ou dans ceux du créancier hypothécaire payé des deniers empruntés. Examinons successivement chacune de ces deux hypothèses.

a) *Subrogation aux droits du vendeur.* — Nous ne désirons pas chercher ici auxquels des droits du vendeur le subrogé pourra prétendre, cette question nous entraînerait trop loin; nous voulons seulement essayer de combiner la subrogation du prêteur dans le privilége du vendeur, avec la subrogation accordée par la loi à l'acquéreur qui paye les créanciers hypothécaires [1].

Reprenons notre hypothèse : Primus a hypothéqué son immeuble A à Pierre pour la somme de 100,000 francs, puis à Paul pour 50,000 : il le vend ensuite à Secundus, à charge par celui-ci de payer à Pierre les 100,000 francs qui lui sont dus. Secundus, pour opérer ce payement, emprunte 100,000 francs à Tertius et le subroge aux droits du vendeur.

Plus tard Paul, le second créancier hypothécaire, fait vendre l'immeuble A, qui est adjugé pour la somme de 125,000 francs : quelle sera la situation du prêteur Tertius?

Sans aucun doute, il peut, en vertu de l'article 1166, profiter de la subrogation légale accordée à l'acquéreur par l'article 1251 [2], et ce moyen lui suffira s'il se trouve être le seul créancier de l'acquéreur; mais cela sera bien rare, le

[1] Nous croyons, en effet, avec M. Labbé (J. du P., 1864, p. 579, n° 2), que cette subrogation ne saurait être refusée au tiers acquéreur sous le prétexte qu'il n'a pas payé de ses deniers, mais de deniers empruntés.

[2] V. en ce sens M. Labbé J. du P., *loc. cit.*

Digitized by Google

plus souvent l'acquéreur sera chargé de dettes, et le moyen que nous indiquons ne protégera que bien faiblement le prêteur, puisqu'il devra partager le bénéfice de la subrogation légale avec les autres créanciers de l'emprunteur.

Nous croyons que Tertius est beaucoup mieux protégé. Son privilége (le privilége du vendeur qu'il a acquis par la subrogation) primera, selon nous, l'hypothèque que l'emprunteur prétend exercer comme subrogé aux droits de Pierre.

Plaçons-nous, en effet, pour un instant, dans l'hypothèse suivante : Primus a vendu l'immeuble A, sous la condition que Secundus remboursera aux deux créanciers hypothécaires, Pierre et Paul, le montant de leurs créances (soit 150,000 fr.), et lui payera en outre 25,000 francs. Secundus désintéresse de ses deniers les deux créanciers hypothécaires, et acquiert leurs droits en vertu de la subrogation légale, mais il ne paye pas à Primus les 25,000 francs qu'il lui doit encore; Primus fait vendre l'immeuble qui est adjugé pour la somme de 150,000 francs. Permettra-t-on à Secundus de primer, à l'aide de la subrogation légale, le privilége du vendeur? Évidemment non! Car, ainsi que le dit très-justement M. Labbé dans un passage que nous avons déjà cité, « l'acquéreur ne saurait se faire une arme de la subrogation aux droits des créanciers hypothécaires par lui payés, contre son vendeur qui demande, non la résolution de la vente, mais le payement du prix ». Ainsi, tant que le vendeur n'est pas entièrement payé, son privilége prime les hypothèques que l'acquéreur a obtenues par la subrogation.

Revenons maintenant à notre espèce. Que s'est-il passé? Secundus, obligé par le contrat de vente de payer Pierre, le premier créancier hypothécaire, a eu recours à un emprunt et a subrogé son prêteur aux droits du vendeur. Or, subroger le prêteur aux droits du vendeur, n'est-ce pas lui dire : « Prêtez-moi les 100,000 francs dont j'ai besoin et je vous mettrai à la place de mon vendeur, *je vous regarderai comme mon vendeur non payé.* » Dès lors quand, plus tard, l'immeuble sera vendu, Tertius se présentera et, invoquant cette qualité de vendeur non payé que la subrogation lui a transmise, il fera passer son privilége avant l'hypothèque que la subrogation a mise aux mains de Secundus.

Digitized by Google

En résumé, voici comment nous procéderons :

Pour fixer les droits du second créancier hypothécaire Paul, nous regarderons l'immeuble comme grevé de trois droits réels dans l'ordre suivant :

1° L'hypothèque de Pierre (aujourd'hui de Secundus), qui sera colloquée pour 100,000 francs ;

2° Celle de Paul, qui lui fera obtenir les 25,000 francs qui restent ;

3° Le privilége du vendeur.

Pour déterminer les droits du prêteur, au contraire, nous regarderons l'hypothèque de Pierre comme n'occupant que le troisième rang. En premier ordre, nous colloquerons celle de Paul pour 50,000 francs, puis viendra le privilége du vendeur qui fera obtenir au subrogé Tertius le reste du prix : 75,000 francs.

Nous donnerons donc, en définitive : 25,000 francs à Paul, second créancier hypothécaire ; 75,000 francs à Tertius, le prêteur subrogé ; enfin les 25,000 francs qui restent à Secundus, l'acquéreur subrogé. Le prêteur pourra, du reste, à l'égard de ces 25,000 francs attribués à son emprunteur user du droit que lui confère l'article 1166, ainsi que nous l'avons indiqué précédemment.

b) *Subrogation aux droits du créancier hypothécaire.* — Cette subrogation transmettra au prêteur les droits du créancier hypothécaire payé, aussi complets que lorsqu'ils se trouvaient entre les mains de ce créancier. Il pourra, en conséquence, poursuivre de suite, non-seulement l'emprunteur, mais le vendeur lui-même : nous trouvons donc à ce point de vue une différence importante entre la subrogation conventionnelle et la subrogation légale à laquelle l'acquéreur aurait eu droit s'il n'avait pas subrogé le prêteur, car l'acquéreur subrogé, nous l'avons déjà dit, ne peut exercer les droits que la subrogation lui a donnés à l'encontre du vendeur, que s'il est évincé ou si la vente est résolue.

Il existe encore entre ces deux subrogations, une autre différence qu'il importe de signaler :

Supposons de nouveau que Primus ait vendu à Secundus son immeuble A, à la charge pour Secundus de payer les deux créanciers hypothécaires Pierre et Paul (soit 150,000 fr.), et de lui remettre en outre, à lui-même 25,000 francs. Secundus

Digitized by Google

emprunte 150,000 francs pour payer Pierre et Paul et subroge le prêteur Tertius dans les droits de ces créanciers. Plus tard, le vendeur fait vendre l'immeuble pour être payé des 25,000 francs qui lui sont encore dus. Son privilége primera-t-il les deux hypothèques de Pierre et de Paul, qui sont aujourd'hui dans la main du prêteur subrogé ?

Nous n'hésitions pas à le colloquer en premier ordre lorsque nous supposions, il y a un instant, que, l'acquéreur ayant désintéressé de ses deniers les deux créanciers hypothécaires, les hypothèques de ces derniers se retrouvaient en sa possession par l'effet de la subrogation légale. Mais il en est tout autrement dans l'hypothèse actuelle. Tertius est subrogé conventionnellement aux droits de Pierre et de Paul; il les acquiert tels qu'ils les avaient : or Pierre et Paul, s'ils étaient encore créanciers hypothécaires, primeraient incontestablement le vendeur dans la distribution du prix. Il n'y a d'ailleurs pas à argumenter en sens contraire de l'article 1252-2°, car le droit de préférence, établi par cet article, n'est accordé qu'au créancier subrogeant, et cette qualité appartient, dans notre hypothèse, non pas au vendeur, mais bien à chacun des deux créanciers hypothécaires payés [1].

II. Nous voulons enfin, en terminant ce premier paragraphe, attirer l'attention du lecteur sur une difficulté assez délicate qui se rencontre lorsqu'on modifie un peu l'hypothèse sur laquelle nous avons raisonné jusqu'ici.

Primus ayant hypothéqué son immeuble A à deux créanciers, soit à Pierre pour 100,000 francs, puis à Paul pour 50,000, le vend plus tard à Secundus, moyennant 100,000 francs qu'il le charge de payer à Pierre, créancier hypothécaire du premier rang. Secundus emprunte ces 100,000 francs à Tertius, en remplissant toutes les conditions nécessaires pour le subroger. Le prêt est donc contracté par acte notarié, sous la condition que les deniers seront employés à désintéresser le premier créancier hypothécaire, et, ce payement ayant eu en effet lieu plus tard, l'origine des deniers est déclarée dans la quittance notariée que Pierre délivre à Secundus. Cette

[1] Cfr. à ce sujet M. Larombière, *Oblig.*, t. III, art. 1252, n° 39, p. 414 et suiv., et MM. Gauthier et Labbé, en note des arrêts précités.

Digitized by Google

hypothèse, on le voit, se distingue de la précédente en ce que l'emprunteur Secundus n'indique pas dans l'acte d'emprunt quels sont les droits qu'il entend transmettre au prêteur.

Malgré ce silence, les conditions que nous venons d'indiquer étant remplies, il est certain que Tertius est subrogé (art. 1250-2°); mais quel effet produira cette subrogation? Le prêteur sera-t-il subrogé seulement aux droits du vendeur, ou seulement aux droits du créancier hypothécaire désintéressé, ou enfin tant aux droits de l'un qu'aux droits de l'autre?

La solution de cette question variera nécessairement selon l'opinion que l'on adoptera sur la difficulté que nous avons précédemment examinée.

Si l'on ne reconnaît dans aucun cas au tiers acquéreur le pouvoir de subroger le prêteur dans les droits du créancier hypothécaire désintéressé, on ne fera évidemment jamais produire à la clause que nous avons supposée que les effets d'une subrogation dans les droits du vendeur.

Si l'on pense avec M. Labbé que l'acquéreur peut, au moins dans certains cas, subroger le prêteur cumulativement et dans les droits du vendeur, et dans les droits du créancier hypothécaire, il faudra, croyons-nous, si l'on se trouve dans l'un de ces cas, déclarer le prêteur subrogé tant aux droits de l'un qu'aux droits de l'autre, car celui qui se contente de déclarer qu'il accorde la subrogation doit être présumé l'accorder aussi complétement qu'il peut le faire.

Mais la question devient plus délicate si l'on pense, avec nous, que le tiers acquéreur peut à son choix subroger le prêteur ou dans les droits du vendeur, ou dans ceux du créancier hypothécaire, sans pourtant avoir jamais le droit de lui accorder cumulativement ces deux subrogations. Il peut paraître, en ce cas, assez difficile d'interpréter la clause sur laquelle nous raisonnons et de déterminer quelle est, des deux subrogations qu'il pouvait accorder, celle que le tiers acquéreur a entendu consentir.

M. de Caqueray (*Revue pratique*, loc. cit.), se fondant sans doute sur l'intérêt qu'aura le plus souvent le prêteur à être subrogé aux droits du créancier hypothécaire, décide que, dans le silence des parties, on devra présumer cette subrogation. Nous préférons, quant à nous, déclarer le prêteur

Digitized by Google

subrogé seulement aux droits du vendeur, car, pour qu'il succédât aux droits du créancier hypothécaire, il faudrait que le tiers acquéreur eût renoncé à se libérer de son obligation envers son vendeur; or il nous semble plus naturel de présumer qu'en empruntant de l'argent pour payer le créancier hypothécaire, le tiers acquéreur a voulu se libérer, par ce payement, de sa dette du prix envers le vendeur.

§ 2.

Le tiers acheteur, libéré de la dette du prix, l'acquéreur à titre gratuit et l'héritier bénéficiaire, qui empruntent des deniers à l'effet de payer le premier créancier hypothécaire inscrit sur l'immeuble, peuvent-ils subroger le prêteur dans les droits de ce créancier, aux termes de l'article 1250-2° *du Code civil?*

Cette question ne nous retiendra pas longtemps, car sa solution dépend intimement de celle que l'on adopte sur la controverse que nous avons examinée au § 1er et se trouve, par suite, toute préparée.

La situation du tiers détenteur dans notre hypothèse et de l'héritier bénéficiaire offre, en effet, une grande analogie avec celle du tiers acquéreur, resté débiteur de son prix d'achat : comme ce dernier, ils ne sont tenus du payement de la dette que *propter rem*. Mais il y a entre eux et lui cette grave différence qu'ils ne sont point tenus de procurer au débiteur personnel des créanciers hypothécaires sa libération envers ces créanciers.

Ceci posé, deux opinions se trouvent en présence :

Les auteurs qui ne pensent pas que l'existence de l'action hypothécaire puisse suffire pour qu'on voie, dans celui qui en est tenu, un *débiteur* aux termes de l'article 1250-2°, n'accorderont dans aucun cas au tiers détenteur dont nous parlons, ou à l'héritier bénéficiaire, la faculté de subroger le prêteur dans les droits du créancier désintéressé. Nous ne reproduirons pas les critiques que nous avons déjà présentées contre cette manière de voir; rappelons seulement que cette décision est ici tout particulièrement rigoureuse, le tiers détenteur et l'héritier bénéficiaire n'ayant point la ressource de subroger le prêteur aux droits du débiteur personnel des créanciers hypothécaires.

Digitized by Google

Quant à nous, nous n'hésitons pas à accorder au tiers détenteur et à l'héritier bénéficiaire, dans tous les cas et sans distinction, le droit dont nous parlons : les arguments que nous avons présentés à propos du tiers acquéreur, resté débiteur du prix de vente, pourraient, en effet, être reproduits ici avec une nouvelle force. M. Barilliet qui, nous l'avons vu, ne refusait, dans l'hypothèse du § 1er, au tiers acquéreur la faculté de subroger le prêteur aux droits des créanciers hypothécaires que par suite de l'obligation où se trouvait, à son avis, le tiers acquéreur de libérer par son payement le vendeur envers ces créanciers, M. Barilliet se range ici à notre opinion : il lève toute prohibition en faveur du tiers détenteur qui n'est point tenu de ce devoir, et, bien qu'il ne s'en explique pas expressément, il n'y aurait dans sa théorie aucune raison de distinguer, à ce point de vue, entre le tiers détenteur et l'héritier bénéficiaire.

§ 3.

Le créancier qui emprunte à l'effet d'en désintéresser un autre qui lui est préférable à raison de ses priviléges et hypothèques, peut-il subroger le prêteur dans les droits de ce créancier, aux termes de l'article 1250-2° *du Code civil?*

Il peut paraître singulier que l'on ait songé à accorder au créancier qui emprunte pour en payer un autre, le droit de se prévaloir de la seconde disposition de l'article 1250, et ce n'est pas sans étonnement que l'on voit M. Demolombe déclarer qu'il faut comprendre le créancier dont nous parlons sous le mot *débiteur* employé par la loi. (V. M. Demolombe, *Contrats*, t. IV, p. 343, nos 397 et 398.)

Cette proposition n'est cependant pas nouvelle, et déjà l'ingénieux auteur du *Traité des subrogations personnelles* [1] en avait imaginé la démonstration suivante :

La difficulté, disait-il, est tout entière dans le point de savoir si l'on peut regarder comme *débiteur* le créancier dans ses rapports avec celui qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques. Or, ne peut-on pas entendre par débiteur toute personne dont les relations avec un créancier sont de telle nature qu'elle souffrira un préjudice dans

[1] V. Mourlon, *loc. cit.*, p. 340 et 341.

Digitized by Google

ses biens, si elle ne le paye pas? « Cette interprétation, disait M. Mourlon, n'a rien de déraisonnable, car on peut dire que celui-là est vraiment débiteur, qui peut être contraint de payer, et celui-là peut être contraint de payer, qui peut être privé d'une partie de ses biens, s'il ne paye volontairement. » Et telle est bien la situation du créancier dans ses rapports avec ceux qui lui sont préférables; « il est tenu, obligé de les payer lorsqu'ils exercent ou se proposent d'exercer contre le débiteur véritable des poursuites intempestives, car, s'il ne les désintéresse pas, il souffrira dans ses biens, son gage sera consommé en frais inutiles, et sa créance ne viendra pas en ordre utile. Ils ont contre lui un moyen de coercition, puisqu'ils peuvent lui dire : Si vous ne prenez le parti de nous désintéresser, nous commençons ou nous continuons des poursuites en expropriation; voulez-vous écarter le danger qui vous menace, désintéressez-nous. »

Mais cette théorie, à coup sûr très-ingénieuse, allait trop directement contre les termes de l'article 1250-2° pour être acceptée; aussi son auteur lui-même la tient-il pour « scolastique et subtile » et l'abandonne-t-il, en déclarant ne pas admettre qu'on puisse « assimiler à un débiteur le créancier qui est primé par un autre créancier ».

C'est à l'aide d'un autre argument que l'on cherche aujourd'hui à établir que le créancier dont nous parlons peut consentir au prêteur la subrogation dans les droits du créancier hypothécaire qu'il veut désintéresser. On étend à notre hypothèse la théorie générale que nous avons déjà signalée en nous occupant du tiers acquéreur. Toute personne, dit M. Demolombe, qui, étant tenue du payement de la dette ou ayant intérêt à l'acquitter, se trouve dans l'un des cas de subrogation légale peut, en payant avec ses deniers empruntés, subroger le prêteur au bénéfice de la subrogation légale qui résulte à son profit du payement par elle fait : « Voilà comment le créancier qui emprunte afin de payer un autre créancier, qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques, peut conventionnellement subroger le prêteur dans les droits auxquels il est lui-même légalement subrogé par l'effet de ce payement[1] ».

[1] V. M. Demolombe, *Contrats*, t. IV, n° 398; ajoutez MM. Aubry et Rau, p. 176 (4e édition).

Digitized by Google

Nous ne croyons pas ce raisonnement plus exact dans l'hypothèse actuelle que dans celle du tiers acquéreur. Sans doute le créancier emprunteur peut transmettre au prêteur le bénéfice de la subrogation légale qui s'opère à son profit, mais cette transmission, ce n'est pas à l'aide d'une subrogation qu'elle peut avoir lieu, c'est à l'aide d'une cession de créance[1]. Or, de quelque façon que les parties puissent modifier cette cession pour assimiler ses effets à ceux d'une subrogation, il subsistera toujours entre ces deux opérations trois différences importantes :

1° Le cessionnaire n'est pas, comme le subrogé, dispensé d'observer, pour arriver à s'ensaisiner, les formalités des articles 1689 et suiv.

2° L'enregistrement pourra réclamer au cas de cession des droits supérieurs à ceux qui lui sont dus en cas de subrogation. (V. p. 458.)

3° Supposons que le débiteur principal de la dette soit un mineur. Le premier créancier hypothécaire, Primus, menace de faire vendre l'immeuble hypothéqué à sa dette. Secundus, créancier du deuxième rang, voudrait le désintéresser, mais il cherche en vain un prêteur qui lui avance les deniers nécessaires. Le mineur, propriétaire de l'immeuble, serait évidemment intéressé à ce que le second créancier parvînt à écarter le premier.

Dans ces circonstances, le tuteur du mineur offre de prêter à Secundus des deniers à cet effet, mais à la condition que les droits de Primus lui seront transmis. Cette condition est-elle réalisable? Oui, diront MM. Demolombe et Aubry et Rau, car il suffira pour cela que Secundus subroge le tuteur au bénéfice de la subrogation légale qu'il va acquérir par le payement. Non, selon nous, car le bénéfice de cette subrogation légale ne saurait être transmis au prêteur que par une cession, or l'article 450 du Code civil défend, sans aucune distinction, au tuteur, d'accepter « la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille ».

En résumé, nous croyons impossible de permettre au créancier qui emprunte pour en payer un autre qui lui est préférable, de se prévaloir de la disposition de l'article 1250-2°,

[1] V. notre page 455.

Digitized by Google

soit pour subroger directement le prêteur dans les droits du créancier payé, soit même pour le subroger dans le bénéfice de la subrogation légale qui s'opère à son profit aux termes de l'article 1251-1°.

On a blâmé ce résultat en faisant remarquer qu'il était évidemment en contradiction avec l'esprit qui a dicté la disposition de l'article 1250-2°, dont le but est de procurer aux personnes intéressées à l'extinction d'une dette les fonds nécessaires à son acquittement[1]. On a fait observer que le tiers prêteur aurait pu, en allant trouver directement le créancier qu'il s'agit de payer et en le désintéressant, obtenir de lui la subrogation dans tous ses droits, et l'on a rappelé que la subrogation conventionnelle de l'article 1250-2° ayant précisément pour objet de dispenser l'emprunteur de la nécessité d'obtenir le consentement du créancier, elle devait être admise dans tous les cas où la subrogation conventionnelle de l'article 1250-1° est possible. Mais ces raisons, qui nous paraissent excellentes en législation, sont dépourvues de toute valeur lorsqu'on prétend s'en servir pour comprendre le créancier qui veut en désintéresser un autre sous le terme *débiteur* employé par notre texte. Nous croyons, en effet, qu'il existe à ce sujet une lacune dans le Code; mais l'interprète qui a le droit de signaler cette lacune et de la déplorer n'a point celui de la combler.

L'imperfection que nous constatons s'explique, du reste, facilement par l'influence de la tradition, car il est certain que nos anciens auteurs n'ont jamais songé à accorder au créancier, qui voulait exercer le *jus offerendæ pecuniæ* à l'égard d'un autre, le droit de subroger le prêteur dans les droits de ce dernier. Le texte de la déclaration de 1609 eût été trop directement contraire à cette prétention. Et si l'on se reporte à l'état de la jurisprudence en 1609, on comprend aisément que le législateur de cette époque n'ait pas étendu au créancier d'ordre inférieur le bénéfice qu'il accordait au débiteur. La déclaration d'Henri IV, en effet, tranchait une question longtemps discutée et mettait fin à d'énergiques résistances des pays coutumiers contre l'introduction d'une règle des pays de droit écrit; il n'est donc pas étonnant que, tout en

[1] MM. Aubry et Rau, p. 176, note 30.

Digitized by Google

reconnaissant l'utilité qu'il y avait à généraliser cette idée féconde : que l'emprunteur peut consentir seul la subrogation au prêteur, on n'en ait point tiré toutes les conséquences qui auraient pu en être déduites. D'un autre côté, le droit même pour le créancier de se substituer par un payement accompagné de subrogation légale à un autre créancier qui lui est préférable, ce droit ne s'était pas non plus introduit dans notre ancienne jurisprudence sans soulever de vives protestations. Nous citerons, notamment, Loyseau qui, écrivant quelques années seulement avant l'ordonnance de 1609, déclarait ne pas admettre l'existence, en droit français, du *jus offerendæ pecuniæ*[1]. Dans ces circonstances, on ne saurait évidemment s'étonner que le législateur de 1609 n'ait pas étendu son innovation à l'hypothèse qui nous occupe.

Quoi qu'il en soit, la solution de la question sous l'empire du Code civil ne nous paraît pas douteuse; le créancier emprunteur ne peut subroger le prêteur dans les droits de celui qu'il veut écarter.

« Il faut donc, selon les expressions de M. Mourlon, s'efforcer de découvrir un procédé » qui lui permette d'arriver indirectement au résultat désiré. On peut en signaler deux :

1° Le créancier pourra d'abord céder au prêteur le bénéfice de la subrogation légale que lui confère l'article 1251-2°. Cette opération transmettra au cessionnaire des droits aussi complets que ceux qu'il acquerrait par une subrogation directe. Rappelons seulement que ce procédé présente trois inconvénients assez graves que nous signalions il y a un instant, et sur lesquels nous n'avons pas à revenir. (V. page 474.)

2° M. Mourlon a proposé un autre moyen qui sera dans certains cas préférable au premier : le créancier emprunteur, dit-il, « peut se constituer le représentant du débiteur véritable, emprunter en son nom l'argent nécessaire pour désintéresser le créancier qu'il a intérêt à écarter, et se porter en même temps garant de l'emprunt qu'il contracte avec subrogation au nom et pour le compte du débiteur. Celui-ci sera réputé emprunter lui-même, consentir lui-même la subro-

[1] V. Loyseau, *Offices*, l. III, ch. 8, nos 57 et suiv.

Digitized by Google

gation au bailleur de fonds, car la gestion qui est utilement faite équivant à un mandat[1] ». (V. art. 1375.)

Ce procédé nous paraît en effet capable de répondre le plus souvent aux exigences de la situation; il n'en sera pourtant pas toujours ainsi, et voici notamment une hypothèse dans laquelle le moyen indiqué par M. Mourlon nous paraîtrait fort imparfait.

Supposons que la créance du premier créancier hypothécaire Pierre soit soumise à un terme. Paul, second créancier hypothécaire, sachant qu'à l'expiration du terme Pierre n'hésitera pas à provoquer la vente, voudrait l'écarter en le désintéressant. Or il a, actuellement, pour contracter un emprunt, des facilités qu'il craint de ne pas retrouver plus tard, mais le prêteur exige que les droits de Pierre lui soient transmis. Paul, employant le procédé que nous venons de signaler, contracte l'emprunt et consent la subrogation au nom du débiteur véritable. Aura-t-il ainsi atteint son but?

Oui sans doute, si, à l'époque où le terme viendra à écheoir, rien n'est venu modifier la situation. Il y aura, en effet, eu de la part de Paul, l'emprunteur, une gestion d'affaires utile au profit du débiteur : or la gestion d'affaires utile équivaut à un mandat.

Mais il n'en sera plus de même si l'on suppose, par exemple, qu'entre l'emprunt, fait dans les conditions que nous avons supposées, et l'échéance du terme, il soit né au profit du débiteur contre l'ancien créancier Pierre une créance exigible, et que Pierre se trouve être insolvable. Si, en effet, les choses étaient restées dans leur état primitif, il se serait opéré à l'échéance du terme une compensation légale qui aurait libéré le débiteur de sa dette envers Pierre. — Grâce à l'emprunt contracté par Paul pour payer Pierre, cette compensation n'est plus possible, de sorte que si l'on donnait effet à la subrogation consentie au profit du prêteur de deniers, le débiteur Primus se trouverait à la fois : rester tenu de son ancienne dette, et dans l'impossibilité d'obtenir le payement de sa créance contre Pierre, puisque celui-ci est insolvable. On serait donc arrivé, en prétendant gérer utilement ses affaires, à le priver du bénéfice de la compensation

[1] V. Mourlon, *Traité des subr. pers.*, p. 343.

Digitized by Google

légale. Ce résultat, évidemment inadmissible, doit faire déclarer qu'en pareil cas, la subrogation consentie par Pierre au prêteur de deniers ne serait pas valable.

On voit donc que des deux procédés imaginés, aucun n'arrive parfaitement au résultat cherché ; et l'on ne peut que désirer une réforme législative qui seule serait capable de donner satisfaction complète aux intérêts du créancier qui veut emprunter pour en désintéresser un autre en subrogeant le prêteur dans les droits du créancier payé.

P. V. BEAUREGARD.

DU FAUX PAR OMISSION.

Par M. André MORILLOT, substitut du procureur général près la Cour d'appel de Douai.

Les articles 145, 146 et 147 du Code pénal énumèrent les divers modes de perpétration des faux, et tout le monde convient que cette énumération est limitative. Un fait argué de faux n'est donc punissable comme tel qu'à condition d'être expressément visé par l'un des textes précités.

Je voudrais examiner si une omission peut constituer l'élément matériel du faux, à condition, bien entendu, de réunir les deux autres conditions requises pour la perfection juridique de ce crime, je veux dire l'intention criminelle, et la possibilité du préjudice.

Cette question délicate s'est récemment posée devant la chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Douai. Le nommé S..., contre-maître et caissier d'une importante usine, devait, en cette double qualité, remettre à des ouvriers tisserands la matière première, prendre livraison des pièces de toile fabriquées par eux, et leur en payer le prix de façon, déduction éventuellement faite de certaines retenues qu'il pouvait y avoir lieu de leur faire subir. Il était en outre chargé de tenir plusieurs registres destinés à constater toutes ces opérations, notamment un registre d'entrée et de sortie des marchandises, et un livre de caisse. D'après le ministère public, l'une de ses fraudes consistait à ne point mentionner sur son livre de caisse, dans une cer-

Digitized by Google

taine colonne spécialement destinée à recevoir les mentions de cette sorte, les retenues qu'il avait opérées sur les payements faits aux ouvriers, et à s'approprier le montant total de ces retenues, au lieu d'en tenir compte au patron.

On s'est demandé si cette omission volontaire et frauduleuse constituait par elle-même, indépendamment des fausses énonciations auxquelles elle pouvait donner lieu, un faux en écritures de commerce, par application des articles 146 et 147, § 3, du Code pénal. Cette question n'a pu être tranchée par l'arrêt de renvoi, toute cette classe de faux ayant été écartée des qualifications, par des raisons de fait inutiles à mentionner. Je voudrais aujourd'hui la reprendre, et voir si, à supposer les faits constants, S... eût dû, en droit, être déclaré coupable, non pas seulement d'abus de confiance qualifié, mais aussi et surtout de faux en écritures de commerce.

I. Au premier abord, l'omission ne rentre pas dans la catégorie des faits prévus et punis par les articles 145, 146 et 147 du Code pénal. Ces textes supposent presque toujours un fait essentiellement positif, comme la contrefaçon ou l'altération d'une écriture ou d'une signature, la fabrication d'une convention ou son insertion après coup dans un acte, l'addition ou l'altération d'un fait ou d'une clause qu'un certain acte avait pour objet de constater. Une omission, fait essentiellement négatif, n'est donc pas expressément comprise dans la double énumération que donnent, d'une part, les articles 145 et 146, et de l'autre, l'article 147. Il semble d'ailleurs, à faire abstraction du texte pour s'en tenir aux idées reçues, qu'une omission répugne à la nature même du crime de faux, et manque de l'élément essentiel à tout crime de ce genre, je veux dire l'altération matérielle et positive d'un corps d'écriture. La jurisprudence paraît confirmer cette idée, puisque la grande majorité des arrêts mentionne toujours, comme constituant le crime de faux, l'apposition d'une fausse signature, la fabrication d'une fausse pièce, un grattage, une surcharge, un fait en un mot sensible et positif.

Il est bien certain que ce cas sera de beaucoup le plus fréquent. Mais sera-t-il nécessairement le seul, et ne pourra-t-il

Digitized by Google

arriver qu'un faux consiste dans une omission? C'est ce que nous allons examiner.

J'observe tout d'abord, et cette remarque est importante au commencement de cette discussion, que l'article 147 ne fait que répéter, en des termes un peu différents, l'énumération que contiennent les articles 145 et 146, spécialement relatifs aux faux commis par les fonctionnaires ou officiers publics dans l'exercice de leurs fonctions. On s'accorde à reconnaître que cette légère différence de rédaction ne correspond point à une différence de fond, et qu'en somme, les trois articles prévoient des hypothèses identiques[1]. De là cette double conséquence que les faux se perpètrent exactement de la même manière, que le crime soit commis par un fonctionnaire public ou par un simple citoyen, et qu'il s'agisse d'une écriture authentique, publique, commerciale ou privée. En d'autres termes, pour savoir s'il y a faux, il ne faut distinguer ni selon la qualité de l'auteur du crime, ni selon la nature de l'écrit falsifié, ce qui est d'ailleurs parfaitement rationnel et logique.

Cela posé, le crime de faux se divise en deux grandes catégories, le faux *matériel* proprement dit et le faux *intellectuel*.

Le *faux matériel*, que visent les articles 145 et 147, §§ 1 et 2, consiste essentiellement dans l'altération physique d'un corps d'écriture, que cette altération s'opère par la voie d'une addition, d'une modification ou d'une suppression. Ces trois cas embrassent toutes les hypothèses possibles. Les faux de cette classe présentent en outre ce trait distinctif, que le fait qui les constitue n'intervient jamais qu'après coup et est toujours postérieur à la rédaction de la pièce falsifiée.

Le *faux intellectuel*, qui est prévu par les articles 146 et 147, § 3, a pour effet de dénaturer la substance ou les circonstances d'un acte, en altérant les clauses, les déclarations ou les faits que cet acte avait pour objet de recevoir et de constater. Le propre de cette altération est qu'elle se produit au moment de la rédaction de l'acte. En ce cas, le faux n'est pas sensible à l'œil, puisque l'écriture, à l'instant même

[1] Chauveau et Hélie, *Code pénal*, t. II, p. 415 et suiv.; Blanche, *Code pénal*, t. III, p. 421 et suiv.

Digitized by Google

où elle intervient, dénature frauduleusement la pensée qu'elle est destinée à exprimer, et l'apparence de l'acte est irréprochable, ee qui n'empêche pas que l'atteinte portée à sa substance ne vienne en somme se traduire par une irrégularité matérielle de rédaction. Cette conséquence est forcée, puisque tout faux vient se résoudre en une altération de la vérité, matériellement réalisée dans un écrit.

La question est de savoir s'il est possible de faire rentrer le faux par omission dans l'une ou l'autre de ces deux catégories : car la distinction qu'établissent les articles 145, 146 et 147 est absolument générale et s'étend à toute la matière du faux.

Il est tout d'abord évident qu'une omission ne saurait constituer un faux *matériel*, dans le sens propre et restrictif du terme. Quand en effet s'opère nécessairement ce faux? Postérieurement à la rédaction de l'écrit qu'il s'agit de falsifier. Et dans quoi consiste-t-il? Dans une altération d'écriture, opérée par addition, modification ou suppression. Or, de tels faits sont essentiellement positifs et présentent des caractères tout à fait opposés à ceux d'une omission, qui, par définition même, doit être concomitante à la rédaction d'un acte.

Si donc l'omission peut constituer un faux, ce ne peut être qu'un faux intellectuel, aux termes des articles 146 et 147, § 3, dans lesquels il est nécessaire de la faire rentrer, à peine de la déclarer innocente. Or, d'après ces articles, il y a faux intellectuel quand le rédacteur de l'écrit en a frauduleusement dénaturé la substance ou les circonstances essentielles. A ne consulter que la raison, de quelle manière peut intervenir cette altération concomitante à la rédaction de l'acte? Absolument de la même manière que s'il s'agissait d'une altération postérieure, c'est-à-dire par addition, changement ou omission des faits substantiels. Ces trois modes embrassent toute la catégorie des faux possibles, qu'il s'agisse de faux matériels, ou de faux intellectuels. Si donc on ne considère que le fond des choses, en faisant un instant abstraction du texte, il est certain que l'omission d'une clause importante dénature aussi radicalement la substance d'un acte que l'inscription surabondante d'une clause que le rédacteur ne devrait pas inscrire du tout, ou la mention d'une clause autre que celle qu'il devrait effectivement mentionner.

Digitized by Google

A ce point de vue, aucune différence n'existe entre le fait négatif de l'omission et les faits positifs de l'addition ou de la modification.

On nous fait bien volontiers cette concesssion, d'ailleurs forcée, mais on objecte que nous n'en pouvons rien tirer de décisif en faveur de notre argumentation, et l'on raisonne comme il suit : Certes, si la loi était à refaire, nul doute qu'il ne fût bon de placer l'omission sur la même ligne que l'addition ou la modification d'une clause substantielle. Mais là n'est pas la question. La loi détermine limitativement les modes de commettre un faux intellectuel. Si donc, pour qu'un tel faux existe, il faut que la substance d'un acte ait été dénaturée, il ne suffit pas qu'elle l'ait été d'une manière quelconque, et il est nécessaire qu'elle l'ait été par un des moyens qu'énumèrent nos articles. Or, ces moyens sont au nombre de deux, et non de trois. L'article 147 les mentionne expressément : ce sont l'*addition* et l'*altération*. Et que supposent-ils de la part du rédacteur? Des faits essentiellement positifs, comme l'inscription frauduleuse d'une circonstance qu'il ne devrait pas mentionner du tout, ou l'inscription également frauduleuse d'une circonstance autre que celle qu'il devrait mentionner. Est-il question dans tout cela de l'*omission?* y est-il fait l'allusion même la plus voilée? Évidemment non. Qu'en conclure, sinon que l'omission, n'étant pas comprise par les articles 146 et 147 au nombre des moyens propres à dénaturer la substance d'un acte, ne saurait constituer le faux intellectuel, tel que le définit limitativement la loi.

Tel est l'argument, dont nous n'avons pas cherché à dissimuler la force. Est-il fondé, et y a-t-il vraiment impossibilité de faire rentrer l'omission dans les termes des articles 146 et 147? Nous ne le croyons point.

La loi vise textuellement deux moyens, qu'elle répute propres à dénaturer la substance d'un acte : ce sont l'*addition* et l'*altération*. Il est bien certain que l'*omission* ne saurait être comprise dans l'extension du premier terme, ni constituer une addition à la substance de l'écrit. L'omission est tout justement le contraire de l'addition, et ces deux vocables expriment évidemment deux idées contradictoires et inconciliables.

Digitized by Google

Mais est-il vrai que l'omission ne puisse constituer une *altération des clauses, des déclarations ou des faits que l'acte avait pour objet de constater?* C'est là que gît la solution de la question qui nous occupe, et nous estimons, pour notre part, qu'un tel résultat est parfaitement possible.

Tout se réduit donc à l'interprétation du mot *altération*. Or ce terme n'a pas, comme le mot *addition*, qui le précède, un sens précisément et nettement déterminé, ne suppose pas nécessairement un fait positif. Si l'article 146, énumérant les moyens propres à dénaturer la substance d'un acte, paraît choisir surtout des faits positifs, comme l'inscription d'une convention autre que celle qui a été dictée par une partie, ou la constatation d'un fait faux ou dénié, il serait facile de démontrer que cette énumération, dans sa dernière partie, s'applique parfaitement à un fait négatif comme l'*omission* Dans tous les cas l'article 147, qui ne fait que reproduire en d'autres termes les énonciations des deux articles précédents, se contente de dire, en termes généraux, qu'il y a faux quand la substance d'un acte est dénaturée par l'*altération* d'un fait essentiel audit acte, et ne définit pas restrictivement les modes suivant lesquels cette altération peut intervenir. D'où je conclus qu'il suffit pour qu'il y ait faux qu'elle existe, quel que soit le moyen employé pour la produire. Or nous savons qu'elle peut aussi bien résulter d'une omission frauduleuse que d'une mention surabondante ou inexacte. Pour rester dans le cas de notre exemple, il est certain qu'un caissier qui fait une retenue sur un payement, et ne la constate point sur le registre à ce destiné, altère aussi radicalement que possible les faits que ledit registre a pour objet de constater. Cette altération de la substance vient matériellement se traduire par une lacune ou par l'inscription d'une autre opération à l'endroit précis où eut dû être constatée la recette omise. Et elle se manifeste encore plus clairement, quand on examine le faux, non plus dans l'acte qui le produit directement, mais dans les conséquences qui en découlent, et que l'on considère le registre, non plus à l'endroit précis où l'omission a été commise. De plus, en admettant que le registre soit continué, cette omission rendra certainement inexacts les totaux postérieurs, et donnera ainsi naissance à toute une série d'énonciations fausses, faits

Digitized by Google

positifs desquels résultera, d'après l'article 146, *la constatation d'un fait faux comme s'il était vrai*, et d'après l'article 147, l'*altération d'un fait que le registre avait pour objet de constater*.

Donc l'omission est implicitement comprise dans les termes de l'article 147, § 3, et peut très-bien constituer le faux intellectuel, par altération d'un fait essentiel à un certain acte. Ainsi se démontre juridiquement la nécessité de faire rentrer tous les faux de cet ordre dans le texte même de la loi.

II. J'arrive à la réfutation des objections que l'on dirige contre notre théorie et à la critique de la doctrine adverse.

La principale objection consiste à soutenir que la question est vraiment dénuée d'intérêt pratique. Presque toujours, dit-on, l'omission donnera lieu à des énonciations inexactes postérieures, et ce fait négatif, insaisissable, engendrera toute une série de faits positifs, tombant directement sous le coup des articles 146 et 147. S'il en est ainsi, quelle nécessité d'aller saisir le faux dans sa cause abstraite et occulte, ce qui répugne si énergiquement à la nature toute physique de ce crime, et pourquoi ne pas l'atteindre dans ses conséquences positives et sensibles?

On ne saurait, à notre avis, trop décidément combattre cette argumentation spécieuse, qui tend à déplacer l'assiette juridique du crime de faux, en le frappant, non pas dans son élément simple, dans sa cause génératrice, mais seulement dans ses conséquences lointaines.

D'abord il est fort possible que la supposition des adversaires ne se réalise point, et que l'omission ne donne lieu à aucune mention inexacte et positive. Si, par exemple, il ne s'agit pas d'une comptabilité en partie double, et si le caissier teneur de livres se borne à constater chaque jour et dans l'ordre chronologique les versements qui lui sont faits, sans additionner d'une manière régulière les sommes reçues par lui, il faudra bien alors apprécier l'omission en elle-même, abstraction faite de conséquences positives qui ne se produisent point, et la déclarer innocente ou criminelle sans recourir à des éléments d'appréciation postérieurs. Il en serait de même si, par exemple, l'omission frauduleuse du caissier

Digitized by Google

avait été découverte par le patron le jour même où elle aurait été commise, ou si, par une raison quelconque, renvoi de la maison, maladie subite ou repentir tardif, le faussaire n'avait pas eu le temps de continuer ses écritures et de consommer le détournement. Dans tous ces cas où l'omission apparaîtrait comme le seul fait capable de constituer un faux, ou même comme le seul fait punissable, l'objection des adversaires ne porte pas. La question n'est donc pas, comme on le prétend, de pure théorie; elle offre un intérêt pratique de premier ordre dans les hypothèses que je viens d'énumérer, où il s'agira de savoir, non pas si le faussaire sera condamné pour tel ou tel fait, mais bien s'il pourra ou non être poursuivi.

Et retournant l'objection contre les adversaires, je remarque à mon tour où les conduit ce système, qui attache tant d'importance aux effets et se préoccupe si médiocrement de la cause. Il aboutit simplement à considérer l'omission comme innocente alors qu'elle ne donne naissance à aucune énonciation inexacte postérieure, et à la déclarer criminelle dans le cas contraire. Ainsi pour savoir s'il y a crime, il ne faudrait point se placer au moment où sont réunis tous les éléments du faux, intention frauduleuse et possibilité du préjudice réalisées par une omission, mais bien à une époque ultérieure qui ne pourrait être déterminée à l'avance, et ne s'ouvrirait peut-être jamais! Est-ce là un résultat juridique? Est-il logique de ne donner à un acte la qualification de crime que d'après ses conséquences postérieures, alors que ces conséquences peuvent fort bien manquer de se produire ou être produites par un fait indépendant de la volonté de l'agent, et qu'en tous cas, elles n'ajoutent rien à sa criminalité, le crime étant complet, quant à lui? N'est-ce pas une singulière conception que celle d'un faux à l'état conditionnel et latent, qui pourrait également naître et avorter par une circonstance indépendante de la volonté de son auteur?

C'est donc en elle-même, abstraction faite des mentions fausses auxquelles elle peut donner ou ne pas donner lieu, qu'il faut examiner l'omission : car il est toute une série de cas où le procédé contraire conduirait à des résultats inadmissibles.

Mais je me place dans l'hypothèse que pose l'objection,

Digitized by Google

celle où des énontiations inexactes viendront à se produire. Souvent en effet un faux unique engendrera plusieurs faux dérivés, se reproduisant à chaque page d'un registre. Il est certain que ces faux pourront être retenus dans les qualifications. Mais serait-il logique de négliger l'altération initiale pour ne s'attacher qu'aux altérations postérieures, de constater l'effet en refusant d'apercevoir la cause? Comment admettre qu'une conséquence soit coupable, si la cause est innocente, et que l'on puisse frapper l'une sans frapper l'autre? Comment croire que, si l'omission frauduleuse d'une recette échappe à la loi pénale, la mention ultérieure d'un total inexact, résultat direct et presque fatal de cette omission, tombe sous le coup de cette même loi? Cela serait inexplicable, et de deux choses l'une : ou l'omission frauduleuse peut constituer l'élément matériel d'un faux, et rentre dans les termes des articles 146 et 147; ou l'énonciation inexacte, qui ne contient rien de plus que sa cause, n'est pas plus qu'elle visée par les articles précités.

C'est qu'en effet, en comparant l'omission, fait négatif, à l'inscription d'une somme moindre, fait positif, on arrive à découvrir une véritable identité de nature entre ces deux faits, et à conclure que le second n'est en somme qu'une omission partielle. Quand un caissier qui reçoit 1,000 francs n'en porte que 500 sur ses registres, l'acte positif qu'il accomplit en inscrivant une recette moindre se complique d'une omission afférente au montant de la recette dissimulée, et c'est précisément cette omission partielle qui donne à l'inscription inexacte son caractère criminel. Dans cet acte, simple en apparence, complexe en réalité, le fait positif et sensible est innocent, et n'affecte un caractère coupable que parce qu'il se double d'une omission, fait négatif et occulte. Qu'on le remarque bien, l'inscription, réduite à elle-même, ne saurait constituer un faux. Quand un caissier qui reçoit 1,000 inscrit 500, on ne peut pas dire que le fait d'inscrire 500 altère la substance de l'acte en constatant comme vrai un fait faux. *Car enfin il n'est pas faux qu'il ait reçu* 500. Seulement cette inscription devient criminelle quand on la rapproche de l'omission qui vient s'y joindre. C'est cette omission qui donne la mesure de l'intention criminelle et du préjudice possible; c'est elle, à vrai dire, que l'analyse juridique dé-

Digitized by Google

couvre comme constituant le crime de faux. Cet argument peut paraître subtil; il n'est qu'exact.

Si donc la mention d'une somme moindre ou plus généralement d'une partie de la vérité n'est punissable que parce qu'elle équivaut à une omission partielle, comment l'omission totale pourrait-elle être impunie, quand elle est isolée de tout fait positif et qu'elle porte, non plus sur partie de la somme reçue ou de la vérité à constater, mais sur la somme ou la vérité tout entière? N'est-il pas évident qu'une omission totale est, pour le tout, un acte criminel, ne se compliquant à aucun degré d'un acte innocent, et affectant bien plus énergiquement qu'une omission partielle le caractère criminel? S'il en est ainsi, comment croire que la loi puisse frapper le moins sans frapper le plus, et que l'aggravation notable de l'intention coupable ait le singulier effet de faire évanouir le crime?

Pour être logique, il faut donc nécessairement reconnaître à l'omission les caractères constitutifs du faux, et les lui reconnaître dans tous les cas, qu'elle soit totale ou partielle, ou les lui dénier toujours, aussi bien quand elle est partielle que quand elle est totale. Si l'omission ne rentre pas dans les termes des articles 146 et 147, § 3, cela est également vrai de l'omission partielle et de l'omission totale; et alors comme la mention incomplète d'une somme moindre ou d'une partie de la vérité équivaut à une omission partielle, *il faut exclure de la sphère d'application des articles précités tous les cas où le rédacteur, faisant une mention dans un acte, se sera borné à dissimuler une partie de la vérité, sans mentionner une chose fausse en elle-même.* L'énonciation franduleuse ne serait donc visée par les articles 146 et 147, § 3, que si elle ajoutait quelque chose à la vérité, ou la défigurait en constatant comme vrai un fait faux; mais elle échapperait auxdits articles si elle constatait une vérité incomplète partiellement dissimulée, et ce résultat pourrait être produit toutes les fois que la vérité en question serait divisible, et comporterait en même temps une expression et une dissimulation partielles. Ainsi dans le cas qui nous occupe, en supposant un caissier qui, recevant 1,000, inscrit 500, il faudrait dire que cet acte ne rentre pas dans les termes de la loi; car enfin le fait d'inscrire 500 ne peut constater comme vrai

Digitized by Google

un fait faux que si l'on en rapproche l'omission partielle qui vient s'y joindre. Or, si cette omission est impunie, nous restons en face d'un fait positif qui, pris isolément, ne peut être considéré comme altérant un acte dans ses éléments substantiels. Il n'y aurait donc pas dans l'espèce matière à crime. Les adversaires arrivent de la sorte à innocenter toutes les mentions simplement incomplètes, qui n'aboutissent à la constatation d'un fait faux que si on les rapproche d'une omission correspondante.

Mais c'est là une solution étrange, arbitraire, et il ne se trouverait ni un jurisconsulte ni un arrêt pour la faire sienne. Elle est cependant forcée, si l'on n'admet point, d'une manière générale, que l'omission, totale ou partielle, peut constituer un faux intellectuel. Qu'on soit donc logique, et qu'on reconnaisse à l'omission totale la vertu qu'on ne dénie point à l'omission partielle.

Cela nous conduit à dire qu'il ne faut pas s'attacher au caractère positif ou négatif d'un fait pour savoir s'il peut ou non constituer un faux. C'est qu'en effet il n'y a pas d'acte qui soit essentiellement positif ou négatif. Ce caractère est contingent et variable; on peut dire que, loin d'être indélébile, il résulte d'une simple expression grammaticale, et s'évanouit devant le synonyme qu'on obtient en substituant une double négation à une affirmation, ou réciproquement.

Tout fait positif est susceptible de devenir négatif, et tout fait négatif de perdre ce caractère pour acquérir le caractère inverse, selon que l'esprit le considère sous une face ou sous un autre. C'est en un mot un attribut subjectif, dénué de toute existence réelle, en dehors de l'esprit qui le conçoit. N'est-il pas vrai, par exemple, que le caissier, qui, faisant un payement, opère une certaine retenue, et n'inscrit rien sur son registre, mentionne en réalité d'une manière implicite, mais très-formelle, qu'il n'a effectué aucune retenue, et a payé intégralement à l'ouvrier le prix de façon? Cette omission n'équivaut-elle pas, prise en elle-même et indépendamment de tout fait ultérieur, à une mention qui constaterait que la retenue n'a pas été opérée? Ce prétendu *criterium* est donc infiniment trop arbitraire et trop vague pour servir de base à une distinction comme celle qu'on

Digitized by Google

nous propose, et dont les conséquences pratiques seraient aussi graves.

Et d'ailleurs comment cette distinction, en supposant pour un instant qu'il fût licite de la faire, s'appliquera-t-elle aux mille difficultées de la pratique, plus ondoyantes et plus diverses en cette matière délicate qu'en toute autre? Que décidera-t-on par exemple dans notre hypothèse, si le caissier, au lieu de ne rien inscrire du tout dans la colonne des retenues, y a inscrit des guillemets ou un zéro? Dira-t-on que cette inscription rudimentaire ne constitue pas un fait positif assez accentué, ou bien fera-t-on d'une circonstance aussi insignifiante la base d'une distinction entre ce double cas et celui où le caissier n'a rien inscrit du tout? De quelque côté que se tournent les partisans du système adverse, ne tomberont-ils pas forcément dans le grief d'arbitraire, en accordant trop ou trop peu d'importance à des faits si difficilement qualifiables?

Mais cette distinction n'est pas licite. Ne voit-on pas que donner aux articles 146 et 147, § 3, une interprétation si matérialiste, c'est se méprendre gravement sur leur sens, et sur la nature du faux intellectuel qu'ils punissent? Certes le crime de faux ne se conçoit point sans une altération matérielle de la vérité. Mais où est-il dit que cette altération ne pourra résulter d'un fait négatif, comme une omission? Dans quel texte trouve-t-on légitimée cette exigence d'un fait positif, et si l'altération substantielle et matérielle d'un acte peut indifféremment résulter d'un fait positif ou négatif, où est le fondement juridique d'une distinction entre ces deux ordres de faits? Si la loi s'était fait du crime de faux l'idée primitive et grossière qu'on lui prête, elle n'eût admis comme type de ce crime que le faux matériel postérieur à la rédaction de l'acte, et qui altère le caractère graphique de l'écriture. Mais elle ne s'est pas arrêtée à cette idée. Sur le même rang que le faux matériel, elle a mis le faux intellectuel, qui intervient au moment même de la rédaction d'un acte, et en dénature matériellement la substance sans cependant que cette altération soit immédiatement perceptible à l'œil. Du moment que la loi s'est élevée jusqu'à cette conception large et spiritualiste du crime de faux, la distinction dont il s'agit est arbitraire, déraisonnable,

Digitized by Google

d'une application pratique impossible, et bien loin de trouver son fondement dans la loi, répugne à son esprit.

On vient dire pour la justifier qu'en appliquant notre doctrine si rigoureuse, on s'exposera à punir des innocents, et à prendre pour des faux de simples négligences parfaitement involontaires.

En vérité, j'ai peine à croire que ce péril soit réel. Il est bien évident qu'en cette matière comme en toute autre, l'intention criminelle est indispensable pour que le crime existe. C'est au ministère public qu'il appartiendra de faire cette preuve, et il succombera faute de la faire. La difficulté même qu'offrira cette démonstration, la répugnance notoire qu'éprouve le jury à prononcer des condamnations dans ces sortes d'affaires, alors même que les faits sont le mieux établis, garantissent que le ministère public ne s'engagera pas à la légère dans une poursuite de ce genre. Le danger qu'on signale n'est donc pas à craindre.

Ne voit-on pas au contraire quel résultat produit directement, infailliblement la doctrine adverse? On sait que les modes d'exécution des faux décrits dans les articles 145 et 146 sont les mêmes que ceux dont parle l'article 147. Si donc l'omission ne peut constituer un faux dans le cas de l'article 147, elle ne peut pas davantage produire ce résultat dans le cas des articles 145 et 146, quand il s'agit d'un fonctionnaire ou d'un officier public. Or, je suppose un comptable du trésor public, qui omet frauduleusement de mentionner sur ses registres une recette encaissée par lui, un notaire, qui, recevant un testament, omet frauduleusement d'inscrire un legs que lui dicte le testateur. Ce comptable et ce notaire échapperont à toute répression.

Cette conséquence est forcée. Et qu'on ne dise pas qu'en pratique elle est chimérique, que si le comptable par exemple n'est pas puni pour cette omission, il le sera pour les mentions inexactes auxquelles elle donnera certainement lieu, pour l'usage qu'il pourra faire ultérieurement du faux, pour le détournement qu'il ne manquera pas de réaliser. Il est bien certain que s'il ajoute ultérieurement d'autres crimes à son premier faux, il sera puni pour ces nouveaux faits. Il serait étrange en vérité qu'il n'en fût pas ainsi, et que le fait d'avoir commis un premier crime le rendît irresponsable de

Digitized by Google

ceux qu'il pourrait ultérieurement commettre. Mais ce n'est pas là notre question, et il s'agit uniquement de savoir si le crime de faux résultant de l'omission susénoncée serait punissable. Et nous constatons qu'à cette question les adversaires répondent par la négative. Or, il se peut fort bien, non-seulement en théorie, mais en pratique, que le premier faux soit isolé, et qu'il n'y ait plus tard ni faux dérivé, ni usage de faux, ni détournement consommé. Donc la conséquence que nous avons signalée n'est pas chimérique, en ce qui concerne le comptable. Elle est surtout frappante et parfaitement réelle en ce qui concerne le notaire, dont l'acte est unique, ne comporte pas de crime accessoire qui vienne y faire suite, et doit par conséquent s'apprécier en lui-même, abstraction faite de toute circonstance ultérieure.

D'ailleurs, pour être moins scandaleuses en fait, dans le cas où le premier faux par omission se compliquerait de crimes ultérieurs punissables, les conséquences du système adverse ne seraient pas moins choquantes en droit. La peine qui atteindrait le coupable n'empêcherait pas qu'en somme le crime principal ne fût impuni. L'atteinte portée à la loi demeurerait entière, en admettant que la conscience publique fût moins offensée du résultat.

A cet argument, tiré des conséquences du système adverse, vient s'en joindre un autre de même ordre, que l'on tire par analogie des articles 154, § 3, et 155 du Code pénal.

Les adversaires s'étonnent qu'une omission puisse servir de base au crime de faux. En vérité, on comprend moins cet étonnement en cette matière qu'en toute autre, quand on voit la loi, dans le chapitre et la section même qui nous occupent, reconnaître par deux fois à une omission le caractère constitutif d'un délit.

C'est ainsi que l'article 154, § 3, punit d'un emprisonnement de six jours à trois mois les logeurs et aubergistes qui, de connivence avec les voyageurs descendus chez eux, *auront omis* d'inscrire ces derniers sur leurs registres.

De même l'article 155 frappe d'un emprisonnement de un à six mois les officiers publics qui délivreront ou feront délivrer un passe-port à une personne qu'ils ne connaîtront pas personnellement, *sans avoir fait attester ses noms et qualités par deux citoyens à eux connus.*

Digitized by Google

C'est bien une omission que la loi atteint dans ces deux cas. Si donc un fait de cet ordre peut constituer un délit, c'est qu'il peut, le cas échéant, constituer un crime. Comment! la loi punirait d'une peine relativement sévère une simple négligence, une omission pouvant très-bien n'être ni frauduleuse ni même nuisible, et elle laisserait impunie une omission comme celle du comptable public ou du notaire, criminelle et ruineuse au premier chef! En vérité, ce résultat, qui n'est point forcé, qui résulte naturellement du rapprochement des articles 146, 147, 154 et 155, est-il possible? Il y aurait là plus qu'une inadvertance, et pour nous la faire admettre, il faudrait un texte bien formel, excluant l'omission des divers modes capables de perpétrer un faux. Cette exclusion serait si étrange, qu'il n'eût point été superflu pour le législateur de s'en expliquer d'une manière expresse.

III. Au reste, cette question semble avoir été résolue dans notre sens par la doctrine, bien qu'elle n'ait jamais été qu'effleurée comme en passant par les auteurs.

Ainsi Rossi, s'attachant à démontrer un principe d'ailleurs évident, à savoir que le faux intellectuel ne porte pas en lui-même, au même degré que le faux matériel, la preuve du dol de l'agent, et que ce dol doit être prouvé par des circonstances extérieures au fait de l'altération, s'exprime comme il suit : « Il peut arriver à tout homme de mal comprendre ce qu'un autre lui dicte, de mal rédiger sa pensée, d'*omettre en écrivant une circonstance importante*, et cela sans nulle intention criminelle. Il faudra donc une preuve ultérieure de la culpabilité de l'agent. » Il résulte évidemment des expressions employées par Rossi qu'il considère l'*omission frauduleuse d'une circonstance importante* comme pouvant constituer un faux. S'il recommande de vérifier avec soin si l'omission présente ou non le caractère frauduleux, c'est qu'il admet que, ce caractère une fois prouvé, l'omission rentre dans les termes des articles 146 et 147, § 3. Je puis donc invoquer en ma faveur son opinion, qui se trahit plutôt qu'elle ne s'exprime dans son livre, et que M. Faustin Hélie paraît approuver, puisqu'il la rapporte sans y contredire[1].

[1] Chauveau et F. Hélie, t. II, p. 351-352.

Digitized by Google

Blanche est également de cet avis. Il admet « que le faux intellectuel peut provenir, non-seulement des constatations effectives de l'acte, *mais aussi de certaines omissions*, dont le but et le résultat sont de donner à un fait mensonger le caractère et les apparences de la vérité[1] ». Et à l'appui de cette théorie, qu'il énonce d'une manière générale, il cite un arrêt de cassation, du 6 mars 1851, qui déclare coupable de faux, aux termes de l'article 146, le fonctionnaire public *qui omet de porter sur ses registres quelques-uns des versements qu'il a reçus*, et par suite diminue le total des sommes dont il doit compte[2]. En pareil cas, dit Blanche, le fonctionnaire public dénature frauduleusement l'une des circonstances essentielles d'un acte de son ministère, en constatant comme vrai un fait faux, c'est-à-dire comme sincère une perception inexacte.

J'observe que cette décision n'est pas probante, et ne justifie pas directement notre opinion. En effet, la déclaration du jury rapportée par l'arrêt ne spécifie pas s'il s'agit d'une omission totale ou partielle, et, dans tous les cas, elle saisit pour en faire la base du crime de faux, non pas l'omission primitive d'une certaine recette, mais l'énonciation frauduleuse et l'addition fausse qui en ont été les conséquences finales. La doctrine à laquelle Blanche semble se ranger est donc beaucoup plus large que celle dudit arrêt, puisqu'il résulte des expressions citées plus haut que, d'après lui, une omission pure et simple, abstraction faite de ses conséquences positives, peut constituer un faux, et que l'arrêt ne s'explique pas sur ce cas.

IV. La jurisprudence nous est également favorable.

Plusieurs fois d'abord elle a reconnu que l'énonciation

[1] Blanche, t. III, p. 448 et 449.

[2] Cass., *Bull.*, 6 mars 1851, n° 86. Attendu que Sastre a été reconnu coupable d'avoir, sur les registres à souche de la perception de la ville de Marseille, *porté frauduleusement, dans un certain nombre d'additions, 100 francs en moins sur le total des sommes perçues et, par ce moyen, d'avoir altéré les faits que lesdits journaux à souche avaient pour objet de constater;*

Attendu que cette déclaration du jury, ainsi formulée, donnait aux faits qu'elle déclarait constants tous les caractères constitutifs du crime de faux, etc...

Digitized by Google

frauduleuse d'une somme moindre que celle qui eût dû être mentionnée constituait le crime de faux, dans les termes des articles 146 et 147, § 3, du Code pénal. Outre l'arrêt précité du 6 mars 1851, on peut en invoquer un autre, du 5 juin 1807, d'après lequel « le receveur d'enregistrement qui, *au moyen de différentes altérations commises sur ses registres, a dissimulé ses véritables recettes*, afin de distraire une partie des deniers qu'il devait verser au trésor, est reconnu coupable du crime de faux [1]. L'arrêt ne dit pas en quoi consistaient ces altérations, qui avaient pour effet de dissimuler les recettes du comptable; il ne spécifie pas si elles constituaient des omissions pures et simples, totales, ou des énonciations frauduleuses de recettes moindres. A vrai dire, les termes ambigus de l'arrêt semblent s'appliquer plus naturellement à la seconde hypothèse. Cet arrêt n'est donc, pas plus que le précédent, directement relatif au cas d'omission totale, qui est spécialement le nôtre. Toutefois, comme il vise au moins le cas d'énonciation frauduleuse d'une somme moindre, et qu'une énonciation de ce genre vient se résoudre en une omission partielle, il semble légitime de conclure par *à fortiori* qu'il n'eût pas hésité à frapper l'omission totale, si elle se fût rencontrée dans les circonstances de l'espèce à lui soumise.

Enfin il est un cas au moins où la Cour de cassation a frappé directement et spécialement, abstraction faite de ses conséquences, l'omission volontaire et frauduleuse par un comptable public, de sommes par lui reçues en cette qualité, et décidé qu'une omission de ce genre constitue un faux, aussi bien que l'inscription de recettes inférieures aux recettes réelles. Ce principe avait été posé par un arrêt de la chambre d'accusation de la Cour de Bordeaux, du 20 novembre 1858, qui avait déclaré Brown, receveur du bureau de bienfaisance, « coupable d'avoir commis un ou plusieurs faux, dans l'exercice de ses fonctions, *en omettant frauduleusement d'inscrire sur son registre à souche et de porter sur son livre-journal des recettes relatives aux dons et legs faits au bureau de bienfaisance*, s'élevant à la somme de 45,176 francs 38 centimes, et d'avoir ainsi dénaturé la substance et les cir-

[1] Cass., *Bull.*, 5 juin 1807, p. 229.

Digitized by Google

constances de ses livres, en constatant comme vraie une situation fausse ». La Cour de cassation, par arrêt du 30 décembre 1858, a respecté cette qualification, comme parfaitement juridique, et rejeté le pourvoi par le double motif « que la situation de caisse pouvait de vraie devenir fausse, non-seulement par la constatation d'une recette inférieure à la recette réelle, mais par l'omission volontaire et frauduleuse de certains articles en entier, et qu'une telle omission dénaturait au même degré, sinon à un degré plus fort, la substance et les circonstances de l'acte [1] ».

Ainsi la Cour de cassation distingue nettement l'omission volontaire et frauduleuse de l'altération du chiffre total des balances; elle sépare la cause de l'effet, et ne fait pas du faux dérivé, mais du faux initial la base de sa qualification. Il nous semble que cet arrêt, unique à notre connaissance, résout définitivement en notre sens la question du faux par omission.

En résumé il résulte des principes généraux de notre législation pénale en matière de faux, du texte précis des articles 146 et 147, § 3, du Code pénal, des conséquences impossibles, scandaleuses ou absurdes auxquelles aboutit nécessairement le système adverse, de l'opinion des auteurs et des décisions de la jurisprudence, que l'omission volontaire et frauduleuse d'une circonstance importante peut dénaturer la substance d'un acte et constituer *un faux intellectuel par altération des faits que ledit acte avait pour objet de constater*. Toute cette classe de faux rentre donc dans les termes de l'article 147, § 3. Si cet article a mentionné d'une manière spéciale le cas d'*addition*, cette mention

[1] Cass., 30 décembre 1858, Sirey, 1859, I, 639. Attendu que l'ensemble des articles de recettes et dépenses portés en ces livres forme une situation définitive, qui de vraie peut devenir fausse, non-seulement par l'altération matérielle consistant à inscrire des sommes inférieures à celles qui ont été reçues, *mais encore par l'altération de la vérité résultant de l'omission volontaire et frauduleuse de certains articles en entier; que ces omissions dénaturent au même degré, sinon à un degré plus fort, la substance et les circonstances de l'acte;* qu'à leur aide et au moins par le chiffre total des balances, le comptable arrive en réalité à constater comme vrais des faits faux, etc.

Digitized by Google

était superflue, l'*addition* étant comprise au même titre que l'*omission* dans les termes généraux du mot *altération*, et pouvant, comme elle, altérer les faits substantiels d'un acte. Mais en gardant le silence à l'endroit des faux par omission, la loi ne saurait être considérée comme ayant manifesté l'intention de les exclure. Ces sortes de faux sont relativement assez rares; on s'explique qu'ils n'aient point attiré l'attention spéciale du législateur, et que celui-ci les ait frappés d'une manière générale, sans les viser par une disposition particulière. ANDRÉ MORILLOT.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

3566. Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière et Cᵉ, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

DU RENVOI POUR CAUSE DE SUSPICION LÉGITIME ET DE LA RÉCUSATION.

Par M. Bouniceau-Gesmon, docteur en droit, avocat général près la Cour d'appel de Pau.

Dans l'ardeur des luttes électorales qui ont agité le pays, on a vu surgir bien des récriminations, bien des plaintes en diffamation et pour injures et fausses nouvelles. Les opinions des candidats sont souvent dénaturées par la passion et l'esprit de parti, et les tribunaux sont appelés à tenir la balance de la justice entre tous ces intérêts, ces amours-propres et ces prétentions personnelles surexcités.

I

Le gérant d'un journal est assigné en diffamation par un candidat dont il aura travesti, exagéré ou calomnié les opinions. La veille de la comparution, le gérant a récusé, par la voie régulière du greffe, quatre juges sur cinq qui composent le tribunal, lequel, dès lors, ne peut se constituer.

La récusation est ainsi formulée : « — Attendu qu'il existe « entre M. X..., juge, et le comparant une *inimitié capitale* « ainsi qu'en cas de déni il offre d'en faire la preuve par té- « moins; que cette inimitié a pour cause les profondes dissi- « dences politiques qui les séparent et qui sont de nature à « empêcher M. X... de juger avec sérénité une cause essen- « tiellement politique ; que des actes nombreux émanés du- « dit M. X... et notamment la part par lui prise à la lutte « électorale témoignent des sentiments d'aversion profonde « qui l'animent en matière politique envers le comparant... « Pourquoi il le récuse. »

Les autres récusations sont à peu près libellées de la même façon ; elles sont régulières en la forme.

Malgré ces récusations, le tribunal passe outre, et le gérant fait défaut. Il est jugé et condamné.

Opposition fondée sur ce que : 1° il est contraire à tous les principes du droit et de l'équité que des juges récusés puissent statuer soit sur la récusation dirigée contre eux, soit sur les

Digitized by Google

fins de non-recevoir élevées contre cette récusation ; — 2° Qu'il est permis de récuser un ou plusieurs et même tous les membres du tribunal ; — 3° Que le tribunal, en déclarant irrecevables des récusations par lesquelles il est dessaisi, a manifestement violé la loi.

Jugement sur l'opposition ainsi motivé :

« Attendu que tous les membres du tribunal, sauf *un seul*, « ont été récusés par le prévenu ; que les articles 378 et sui- « vants du Code de procédure civile qui ont tracé la marche « à suivre au cas d'une ou plusieurs récusations n'ont pas « prévu celui ou des récusations seraient, comme celles no- « tifiées au greffe le 15 de ce mois, assez nombreuses pour « empêcher un tribunal de se constituer et arrêter ainsi le « cours régulier de la justice, mais que cette lacune a été « comblée par la doctrine et la jurisprudence ;

« Qu'en effet Dalloz, v° RÉCUSATION, tome XXXVIII, p. 698, « n° 18 ; — Carré, p. 132, *Commentaire de proc. civ.* ; — Dalloz, « v° RENVOI, p. 189, n° 80, et la Cour de cassation par ses ar- « rêts en date des 4 mai 1831 et 6 octobre 1837, enseignent « que, lorsque pareille circonstance se produit, le nombre « même des récusations enlève à celles-ci, sans que toutefois « le bien fondé en puisse être examiné, le caractère propre « à chacune d'elles en tant que récusations prises isolément « et constitue le cas de suspicion légitime prévu et réglé « par les articles 542 et suivants du Code d'instruction cri- « minelle ;

« Attendu, ce principe posé et cette assimilation admise, « qu'il reste à examiner cette question à savoir ce que le « tribunal doit décider au cas de suspicion légitime devenu « ainsi celui de l'espèce ; que la doctrine (Dalloz, v° RENVOI, « p. 193, n° 98) et la jurisprudence de la Cour de cassation « (Sirey, t. XXXIX, 1, 711, et tome XXXII, 1, 33) édictent « cette règle que les juges ne doivent pas surseoir à statuer « sur le fond tant qu'il n'aura pas été justifié d'un arrêt de « la Cour de cassation ordonnant le sursis ;

« Attendu qu'il est constant, en fait, qu'un semblable arrêt « n'est point intervenu ; que la Cour de cassation n'a point « été saisie, que le prévenu n'a même pas fait connaître qu'il « en eût l'intention ; qu'il y a donc lieu de passer outre et de « statuer sur le fond ; par ces motifs, etc... »

Digitized by Google

II

Cela posé, il s'agit donc de savoir si la récusation exercée dans toute ou presque toute son étendue envers les juges d'un tribunal, qu'elle a ainsi placés dans l'impossibilité de se constituer et de juger, est assimilable à la demande en renvoi pour cause de suspicion légitime prévue et réglée par les articles 542 et suivants du Code d'instruction criminelle si bien que la récusation ne serait plus une récusation, qu'elle en perdrait la forme et le fond, les termes et l'esprit et jusqu'à son nom lui-même pour n'être en tout et pour tout qu'une demande en renvoi pour suspicion légitime.

Cette question nous amène à examiner la nature respective des deux ordres d'idées, la récusation et le renvoi pour suspicion légitime.

Or, ces deux matières, loin de se distinguer par des rapports d'identité ou même de rapprochement se font, au contraire, remarquer par des différences essentielles et de caractéristiques dissemblances.

Et d'abord, la récusation est traitée dans le Code de procédure civile et le renvoi pour cause de suspicion légitime appartient au Code d'instruction criminelle. Ce n'est pas que l'une comme l'autre de ces deux matières ne soit commune au civil et au criminel. On a toujours suppléé au silence de l'un de ces Codes par les dispositions de l'autre et réciproquement. Mais il est bon de constater que ces deux voies de procédure sont si peu une seule et même chose qu'elles sont séparées, dans l'esprit du législateur, par la différence des matières civiles et criminelles.

Mais la récusation est limitée dans ses causes ; elle est formulée dans son exercice ; elle est définie par la loi. Elle ne peut s'exercer que dans neuf cas qui procèdent des affections ou des haines du juge, de son intérêt personnel ou de son amour-propre. En dehors de ces neuf cas qu'énumère la loi il n'y a plus causes de récusation, à la différence de l'ancienne législation qui, après l'énumération de quelques causes, admettait les autres influences de fait et de droit. Ainsi, neuf cas de récusation, rien de plus, rien de moins. La cause de la récusation, c'est donc le texte même de la loi. Le juge ne peut ni la resserrer ni l'étendre. Il en subit l'application comme il subit celle de la loi.

Digitized by Google

La demande en renvoi, au contraire, est vague, indéfinie, illimitée. Ses motifs ou ses causes sont abandonnés à la volonté, au caprice même du demandeur, et quand le demandeur en récusation est obligé de citer les termes mêmes de la loi pour motif de sa récusation, le demandeur en renvoi pour suspicion légitime se livre, au contraire, à toutes les velléités plus ou moins ambulatoires de son imagination tourmentée de plaideur. Nulle disposition législative ne le gêne. Il est en plein dans le vaste champ du libre arbitre.

Dans la récusation, le juge est pris personnellement pour point de mire. La récusation est individuelle de sa nature et l'on ne récuse pas en masse un tribunal. On récuse séparément les membres du tribunal. — Dans le renvoi pour suspicion légitime, au contraire, c'est le tribunal tout entier que le demandeur enveloppe *in globo* dans sa demande : ce n'est plus l'homme, c'est l'institution qu'on attaque : c'est non à la personne du juge, mais à la personnalité morale du tribunal tout entier qu'on s'adresse. C'est, en un mot, l'immense différence du tout à la partie, d'un membre au corps, du singulier au pluriel.

Il ne peut jamais exister dans l'esprit des juges récusés la moindre confusion à cet égard. Ils ne sauraient jamais prendre la récusation pour une demande en renvoi puisque, dans l'une, ce sont les termes mêmes de la loi qui sont le motif de la récusation, tandis que tout ce qui est en dehors de ces termes mêmes de la loi comprenant les neuf cas appartient à la demande en renvoi pour cause de suspicion légitime.

Dans la récusation, la cause prévue par la loi est de sa nature *personnelle*. — Dans le renvoi pour suspicion, c'est une cause *impersonnelle*, générale, vague, une influence quelconque, locale ou non, mais ayant, pour ainsi dire, quelque chose d'endémique ou d'élastique.

Dans la récusation, c'est le tribunal dont fait partie le membre récusé qui juge la récusation, tandis que, jamais et en aucun cas, ce n'est le tribunal en suspicion qui juge les motifs de la suspicion, c'est la Cour suprême. Et pourquoi cette dissemblance ? parce que, dans le cas de la récusation, le juge n'ayant à faire que l'application pure et simple des termes de la loi au fait articulé, le juge est dans son rôle de juge qui applique en esclave la loi elle-même. Il n'a qu'une

Digitized by Google

chose à vérifier, à savoir si le motif de la récusation est, oui ou non, nommément, taxativement dans la loi, tandis qu'en matière de renvoi pour suspicion légitime le juge disparaît pour faire place au juré puisque n'ayant plus pour guide et pour souverain la loi, il a, au contraire, pour exercer sa juridiction omnipotente, le vague, l'indéfini des motifs innombrables du renvoi pour suspicion, et c'est pour cela que le législateur n'a pas voulu laisser aux magistrats d'un ordre inférieur l'appréciation et le jugement des motifs du renvoi pour suspicion légitime et qu'ayant à l'abandonner à la conscience irresponsable d'une juridiction souveraine, il a choisi la plus haute expression de la magistrature, c'est-à-dire la Cour de cassation, pour les apprécier et les juger.

Cette différence entre les deux termes de notre question est immense. Elle prouve qu'il n'est pas permis au tribunal récusé de décider que la récusation n'est qu'un renvoi déguisé, car il ne saurait y avoir déguisement là où la loi a posé des termes sacramentels. C'est un signalement qui ne saurait jamais être équivoque ou trompeur, et du moment où le motif de la récusation se revêt des termes mêmes et du texte de la loi, il ne saurait y avoir lieu à prendre l'un pour l'autre et conséquemment à décider que c'est l'un plutôt que l'autre que l'on a pris ou choisi.

Dans la récusation, jamais la Cour de cassation, elle qui juge souverainement des motifs du renvoi pour suspicion légitime, jamais la Cour de cassation ne peut apprécier ou juger les motifs de la récusation. C'est à un autre tribunal, désigné par elle qu'il appartiendra de décider au cas où les récusations contre tous les membres du tribunal seraient accueillies par le tribunal désigné; et au cas où le tribunal rejetant les récusations contre quelques-uns, ces derniers seraient en mesure de juger les récusations dirigées contre les autres membres récusés, ce sont eux qui jugeront ces récusations et par suite le fond du procès.

Et c'est ici que se presse la question. Le cas de la récusation dirigée contre tous ou presque tous les membres d'un tribunal n'a pas été prévu par la loi. Mais ce cas, s'étant maintes fois produit, a été résolu par la doctrine et la jurisprudence.

Dans ce cas-là, qu'arrive-t-il? C'est qu'il en doit être à cet

Digitized by Google

égard d'un tribunal entier comme d'un juge individuellement récusé, lequel bien certainement ne peut prendre part au jugement de sa récusation sans être juge et partie, ce qui serait une énormité judiciaire.

Or, si l'on ne peut, étant simple juge récusé, prendre part au jugement de sa récusation, il en doit être ainsi de tous ou presque tous les juges du tribunal récusés individuellement. Ils ne peuvent se juger eux-mêmes. L'impossibilité de se constituer est un fait, et ce fait produit alors un résultat analogue à celui qui se produit dans la demande en renvoi pour suspicion légitime, c'est-à-dire que, comme dans la demande en renvoi, le tribunal ne peut se constituer puisque la suspicion l'enveloppe en entier. Mais bien qu'entre ces deux faits matériels, accidentels et bruts pour ainsi dire, il y ait quelque analogie, il n'y a pas pour cela d'identité ni d'assimilation. Il y a, dans un cas comme dans l'autre, interruption du cours régulier de la justice; mais c'est là un résultat purement matériel que des évolutions fortuites et accidentelles ont pu amener, mais qui pour cela n'établit pas une confusion entre la récusation et le renvoi qui, si dissemblables par leur nature en droit, ne sauraient devenir semblables et à plus forte raison une seule et même chose en droit. En fait, ces deux voies de procédure sont analogues, mais en droit elles restent ce qu'elles sont. Il ne s'opère aucune métamorphose de l'une dans l'autre, ou, pour mieux parler le langage du droit, il n'y a là aucune novation, car il n'y a de novation en droit que celle que la loi proclame.

Cette différence entre ces deux voies de procédure est parfaitement mise en relief par M. Dalloz (*Rép.*, v° RENVOI, n° 77) : « La récusation d'un tribunal entier peut-elle être assimilée à « une demande en renvoi pour suspicion légitime? — Mais « d'abord une telle récusation est-elle admissible? Oui, sans « doute, lorsqu'elle est fondée sur les causes déterminées « dans l'article 378. Si la loi autorise la récusation d'un ou « plusieurs juges, elle ne détermine pas jusqu'à quel nombre « les récusations pourront être exercées; conséquemment, si « tous les juges d'un tribunal sont récusables, il faut néces- « sairement décider que le tribunal qu'ils composent pourra « être récusé en entier.

« Dans cette hypothèse, comme les juges récusés ne peu-

Digitized by Google

« vent participer au jugement de la récusation, il s'ensuit « qu'une récusation générale aura pour effet de dessaisir le tri- « bunal absolument comme le ferait une demande en renvoi « pour suspicion légitime. Néanmoins il faut bien, dans le cas « particulier qui nous occupe, se garder d'assimiler les deux « actions. En effet, la récusation, quoiqu'elle soit exercée « contre tous les membres d'un tribunal, n'est autre chose « qu'un ensemble de récusations individuelles; elle doit « donc rester toujours soumise au mode d'instruction et de « défense tracé par la loi sur les récusations, et si l'on doit « s'écarter de ces règles quant au juge appelé à statuer sur « la récusation, c'est seulement à raison de l'impossibilité « où l'on est d'appliquer sur ce point particulier les dis- « positions de la loi. »

Et il faut remarquer que, même sur le point où les deux actions se ressemblent, c'est-à-dire en ce qu'elles produisent l'une et l'autre le même résultat, elles sont marquées par une différence tranchée. En effet, le fait d'interruption du cours régulier de la justice n'est pas semblable dans les deux cas; car, dans le cas de la récusation, le juge est frappé d'impossibilité de juger sa récusation et frappé *de plano*, de droit, impossibilité *juris et de jure*, tandis que, dans le cas de la demande en renvoi pour cause de suspicion légitime, le tribunal suspecté n'est pas dessaisi *ipso jure*. Il ne le sera que de par un arrêt de la Cour de cassation et jusqu'à ce qu'il ait eu connaissance légale et régulière de cet arrêt de sursis, le tribunal suspecté peut juger. L'interruption n'est donc pas la même en ce qu'elle ne se produit pas de la même manière. Il n'y a donc pas identité. Il y a bien sans doute *renvoi* dans les deux cas; mais l'un sera toujours *renvoi* pour cause de *récusation*, et l'autre *renvoi* pour cause de *suspicion légitime*. On voit qu'il n'y a de commun aux deux cas que le mot seul de *renvoi*, mais pour la chose, elle est différente; et, pour établir l'assimilation parfaite, il faut en arriver à dire comme le jugement — « *que le nombre des récusations enlève le ca-* « *ractère propre à chacune d'elles en tant que récusations prises* « *isolément et constitue le cas de suspicion légitime.* »

Mais comment « *le nombre des récusations leur enlève-t-il le* « *caractère propre à chacune d'elles en tant que récusations* « *prises isolément ?* » Voilà ce que le jugement ne devait pas

Digitized by Google

se borner à dire, mais ce qu'il devait démontrer. Il en résulterait cette bizarrerie véritablement inexplicable, c'est que *plus* il y aurait de récusations, *moins* il y aurait récusation. Cependant une récusation, deux récusations ne sont pas plus des récusations qu'une troisième ou une quatrième récusation. Deux membres, trois membres d'une Cour ou d'un tribunal qui sont récusés ne sont pas plus récusés que ne le sont huit ou dix membres de la même compagnie récusés selon la loi. Le grand nombre des récusations produit, en fait, un résultat autre que le petit nombre de ces récusations, voilà tout ! mais elles n'en restent pas moins des récusations. Il n'y a pas moyen de s'y tromper puisque leur caractère est textuellement réservé par la loi à la grande différence du renvoi dont le caractère est dans le vague et laissé conséquemment à l'appréciation souveraine du juge, et c'est le cas de dire à l'occasion du nombre ce qu'on a dit ailleurs du temps : *Le nombre ne fait rien à l'affaire*, à l'affaire du droit, et pour en arriver, ainsi que le fait le jugement, à destituer la récusation de son caractère propre au profit du renvoi pour suspicion légitime, il faut, comme en novation, un texte formel de la loi.

III

On a dit que demander qu'une affaire soit, pour cause de suspicion légitime, renvoyée à un autre tribunal que celui qui s'en trouve saisi, c'est *évidemment la même chose* que de récuser le tribunal entier devant lequel cette affaire est pendante. Mais non, ce n'est pas *évidemment la même chose* puisque justement on ne récuse pas un tribunal tout entier : c'est impossible ! En droit, on ne reconnaît pas la récusation *in globo*. C'est confondre le renvoi pour suspicion avec la récusation. Que le résultat des deux moyens soit équivalent, c'est possible, à certains points de vue et notamment au point de vue du renvoi devant un autre tribunal, soit ! c'est une simple question de dévolution de juridiction ; mais qu'une récusation plus ou moins répétée ou nombreuse soit *la même chose* qu'un renvoi pour suspicion légitime, ce n'est pas le moins du monde *évident*. Et la loi l'a si bien senti qu'elle a fait de ces deux incidents d'instruction deux chapitres diffé-

Digitized by Google

rents et que l'un est placé dans le Code de procédure civile et l'autre au Code d'instruction criminelle.

C'est si peu *la même chose* que la demande en renvoi pour suspicion est portée devant la Cour d'appel du ressort au civil, tandis que la même demande en renvoi pour la même suspicion est, au correctionnel, portée devant la Cour de cassation, si bien qu'en matière même de renvoi pour suspicion légitime, il y a dissemblance entre les deux renvois au point de vue de la procédure. Comment y aurait-il assimilation entre la récusation et le renvoi? Que les renvois s'assimilent donc d'abord entre eux avant de s'assimiler à la récusation!

L'identité du mot *renvoi à un autre tribunal* ne saurait faire qu'il y eût identité dans les modes de procédure. C'est tout le contraire qu'il faudrait décider, puisque la chose est radicalement différente ainsi que nous l'avons montré.

Nous pensons donc que le jugement a fait erreur quand il déclare que l'assimilation, prétendue complète, des deux cas implique l'identité des procédures et que, tant que le récusant n'a pas justifié d'un arrêt de cassation ordonnant le sursis, le tribunal était autorisé à passer outre comme en matière de renvoi pour suspicion légitime.

Mais il faut convenir que ce serait aller bien loin que d'imposer à un justiciable qui veut récuser des juges l'obligation de substituer à sa demande de récusation une demande de renvoi pour suspicion légitime. Il faudrait un texte de loi formel pour justifier de semblables singularités juridiques.

IV

Il est vrai qu'il a été décidé, comme l'a dit M. Dalloz dans le passage de cet auteur auquel renvoie le jugement, « que « la récusation individuelle et nominative d'un assez grand « nombre de juges pour que le tribunal soit réduit au point « de ne pouvoir rendre aucun jugement, bien qu'elle soit « fondée sur un motif particulier, est, comme la récusation « d'un tribunal entier, une véritable demande en renvoi « devant un autre tribunal pour cause de suspicion légi- « time[1]. »

[1] V. Dalloz, *Répertoire*, v° Renvoi, n° 78.

Digitized by Google

Mais c'est de la méprise sur la signification et sur la véritable portée de cette assimilation qu'est née l'erreur du jugement. Il suffit de lire attentivement les arrêts invoqués pour se convaincre que, s'il y a analogie entre les deux cas à certain point de vue, il n'y a, en réalité, aucune assimilation complète à faire entre eux. L'arrêt de 1831 est en effet ainsi conçu :

« Attendu que récuser un tribunal en masse ou le décom-
« poser par des récusations individuelles assez nombreuses
« pour rendre tout jugement impossible, c'est, en fait, le
« même résultat; — Attendu que la récusation d'un assez
« grand nombre de juges pour que le tribunal soit réduit au
« point de ne pouvoir rendre aucun jugement est, comme
« la récusation d'un tribunal entier, *une demande en renvoi*
« *devant un autre tribunal pour cause de suspicion legitime*,
« et que, dès lors, le droit de prononcer sur la récusation ne
« peut appartenir qu'à la Cour de cassation, etc...[1]. »

On voit donc que, dans cette espèce, il ne s'agissait que de déterminer l'autorité compétente pour statuer sur la récusation et qu'à ce point de vue *seulement* la récusation *en masse* peut, en effet, être *assimilée* à une demande en renvoi pour cause de suspicion légitime ; car le résultat est le même, c'est, dans l'un comme dans l'autre cas, à la Cour de cassation que l'on aboutit.

Il en est de même de l'arrêt du 6 octobre 1837 indiqué dans le jugement :

« Attendu, en droit, dit-il, que l'impossibilité où se trouve
« le tribunal de se composer soit par suite d'abstentions,
« soit par suite de récusations d'un ou de plusieurs de ses
« membres, doit être *assimilée* au cas du renvoi pour cause
« de suspicion légitime; etc...[2]. »

Eh ! oui sans doute *assimilée* au point de vue du renvoi devant la Cour de cassation d'abord, et puis du renvoi par celle-ci à un autre tribunal, et c'est en ce sens qu'il faut entendre le mot *assimilée* dans les arrêts qui ont statué sur la matière, mais non au point de vue de la procédure, c'est-à-dire du point de savoir si le tribunal récusé doit s'arrêter en

[1] Arrêt du 4 mai 1831. V. Dalloz, *Répertoire*, v° Renvoi, n° 78, note 1.
[2] V. Dalloz, *Répertoire*, v° Renvoi, n° 129, note 4.

Digitized by Google

présence ou en l'absence d'un arrêt de cassation ordonnant le sursis.

On s'autorise encore de deux autres arrêts de la Cour suprême rendus, l'un en 1851 et l'autre en 1847, et ainsi conçus :

1. — « La Cour... attendu que Capo de Feuillide, en « exerçant successivement des récusations contre quatre « membres du tribunal de Bayonne, a créé l'obstacle qui « interrompt actuellement le cours régulier de la justice et « rendu par suite nécessaire le recours soumis à la Cour; — « Que dans cet état des faits il ne saurait y avoir lieu pour la « Cour d'user de la faculté, qui lui est accordée par l'arti- « cle 545 du Code d'instruction criminelle, d'ordonner, en « conséquence, que le *tout soit communiqué,* et qu'il convient « au contraire de statuer au fond;

« Et attendu que, par suite des récusations successivement « formées par Capo de Feuillide les 17 et 22 juillet dernier, « le tribunal de première instance de Bayonne s'est trouvé « dans l'impossibilité de se compléter conformément à la « loi, soit par l'appel d'un juge suppléant, soit par l'adjonc- « tion temporaire d'un membre du barreau, et qu'ainsi la « justice est interrompue pour prononcer sur le mérite des « récusations exercées et après décision sur ce point sur « l'action en dénonciation calomnieuse introduite par Ca- « chau et Vesaz contre Capo de Feuillide; — *Que le cas doit « être assimilé à celui de la demande en renvoi pour cause de « suspicion légitime prévu et réglé par l'article* 542 *ci-dessus « visé;* — Faisant droit à la requête du procureur de la Ré- « publique du tribunal de première instance de Bayonne, « renvoie devant le tribunal correctionnel de Pau le *juge- « ment de la récusation* formée le 22 juillet et au cas seulement « où elle serait admise, le jugement des récusations formées « le 17 du même mois; ordonne qu'après le jugement, soit « de la dernière récusation, soit, s'il y a lieu, des premières « récusations par le tribunal de Pau, l'affaire sera jugée, tant « pour les récusations à vider que pour le fond, par le tri- « bunal de Bayonne qui se complétera conformément à la « loi parmi les personnes à l'égard desquelles la récusation « n'aura pas été admise, sauf dans le cas où lesdites récusa- « tions seraient toutes accueillies, le droit de se pourvoir « devant la Cour dans les formes du droit[1]. »

[1] Arrêt du 26 septembre 1851. V. Sirey, 52, 1, 278; Dalloz, 52, 5, 467.

Digitized by Google

« 2. — La Cour, vu l'article 542 du Code d'instruction « criminelle; — Attendu que, par suite des récusations suc- « cessivement formées par le sieur Groc au greffe du tribu- « nal de première instance de Castelnaudary, les deux ma- « gistrats non récusés se sont trouvés dans l'impossibilité « de se compléter conformément à la loi, soit par l'appel « d'un juge suppléant, soit par l'adjonction temporaire d'un « membre du barreau, et qu'ainsi la justice est interrompue « pour prononcer sur l'action introduite par le sieur Barre « et même sur la validité des récusations formées par le « sieur Groc; — Attendu que ce cas *doit être assimilé à celui « de la demande en renvoi pour cause de suspicion légitime* prévu « et réglé par l'article 542 du Code d'instruction criminelle;

« Attendu que l'obstacle apporté au jugement des récusa- « tions n'a pas dessaisi le tribunal de Castelnaudary du droit « de juger le fond, c'est-à-dire l'action du sieur Barre, et que « ce droit doit avoir ses effets dans le cas où ces récusations « auraient été écartées par un jugement régulier; renvoie « devant le tribunal correctionnel de Carcassonne le juge- « gement des récusations formées par Groc contre les diverses « personnes appelées successivement à compléter le tribunal « de Castelnaudary dans l'instance formée par Barre contre « Groc; ordonne qu'après le jugement desdites récusations « par le tribunal de Carcassonne et dans le cas où elles « seraient rejetées, l'affaire sera jugée au fond par le tribunal « de Castelnaudary, lequel se complétera, conformément à la « loi, parmi les personnes à l'égard desquelles la récusation « n'aura pas été admise, sauf, dans le cas où lesdites récusa- « tions seraient admises, le droit des parties de se pourvoir « devant la Cour par voie de règlement de juges; ordonne « qu'à la diligence de la partie civile le présent arrêt sera « signifié à qui de droit[1]. »

Mais ce qu'il y a de tout à fait déterminant ici, c'est cette réflexion toute naturelle, à savoir que si la Cour de cassation eût considéré comme complète *l'assimilation* dont elle parle entre le cas de récusation et le cas du renvoi pour suspicion légitime, elle n'eût pas renvoyé le jugement des causes de récusation au tribunal de Pau dans le premier cas et au tribunal de Carcassonne dans le second. Elle eût elle-même fait

[1] Arrêt du 14 mai 1847. V. Dalloz, 47, 4, 412.

Digitized by Google

ce qu'elle fait en matière de renvoi pour suspicion légitime, elle eût jugé. Mais loin de là, elle ne juge pas, et elle renvoie. Peut-on plus énergiquement protester contre l'assimilation ou l'identité des deux modes de procédure?

Enfin, le 29 janvier 1851, la Cour de Bourges a rendu l'arrêt suivant qui confirme carrément nos principes :

« Considérant, sur la première question, qu'en principe un « magistrat ne peut pas connaître de sa propre cause ; que si la « loi renvoie devant le tribunal pour statuer sur la récusation, « c'est pour le cas où, indépendamment du juge ou des juges « récusés, le tribunal peut se constituer, mais qu'en aucun « cas le juge ne peut statuer sur le mérite de la récusation ;— « Sur la deuxième, que les premiers juges ont considéré la « récusation comme une demande en renvoi pour cause de « suspicion légitime, mais que le renvoi pour cause de sus- » picion légitime est basé sur d'autres causes que la récusa- « tion ; qu'une partie peut récuser tous les juges d'un tribunal « sans que la récusation proposée cesse d'être une récusation « réelle si elle fondée sur les causes indiquées dans la « loi, etc...[1]. »

Vainement dirait-on que cet arrêt, étant rendu en matière civile, ne saurait être invoqué dans le cas qui nous occupe. Une telle objection ne saurait porter, par cette raison bien simple que la nature civile ou criminelle du procès ne change pas les principes qui gouvernent les deux matières reconnues également et réciproquement communes au civil et au criminel.

Nous pouvons donc conclure en toute assurance de cette jurisprudence quelle est conforme à notre thèse.

Enfin, la récusation et le renvoi pour suspicion légitime sont trop différents dans leurs causes pour être identiques complétement dans leurs effets. Il y a si peu d'identité ou d'assimilation, c'est si peu la même chose qu'après avoir vu rejeter sa récusation le récusant peut encore user du renvoi pour cause de suspicion légitime.

Il y a d'ailleurs, dans notre espèce, cette dissemblance, en fait entre la récusation et le renvoi pour suspicion, qu'ici ce n'est pas contre tous les membres du tribunal que porte la

[1] V. Dalloz, 51, 2, 192.

Digitized by Google

récusation, mais contre quatre seulement des membres du tribunal, à la différence grande du renvoi pour suspicion légitime qui, de sa nature, embrasse tous les membres du tribunal sans aucune exception.

Sans doute, dans le principe et dans les premières années de l'application de nos Codes modernes, quelques auteurs et quelques arrêts ont vu ici une sorte d'assimilation; mais à mesure que la science du droit et la pratique ont grandi, la doctrine et la jurisprudence se sont insensiblement affermies. Elles sont d'accord aujourd'hui pour proclamer que, s'il y a, dans l'un comme dans l'autre cas, impossibilité pour le tribunal récusé comme pour le tribunal suspecté de se constituer et conséquemment interruption du cours régulier de la justice, l'impossibilité n'est pas de même nature dans les deux cas, et que, si l'une est *proposée*, l'autre est *imposée* ou *déclarée*.

Qu'il nous soit toutefois permis d'espérer ici que la Cour suprême ne manquera pas, à la première occasion qui lui en sera offerte, de faire cesser, par une rédaction plus précise encore de ses résolutions, toute possibilité de l'équivoque qui malheureusement a pu jusque-là se produire. Nous avons pour garants de nos espérances les regrettables bien que justifiables méprises auxquelles les termes des arrêts ont pu donner lieu.

Mais de toutes les espèces qui se sont produites jusqu'ici, la nôtre est la seule qui présente ce phénomène singulier : le tribunal, en passant outre à l'incident des récusations, a jugé le fond. Qu'arrive-t-il alors? C'est que, par l'appel du prévenu, la situation est telle que si la Cour n'évoque pas le fond après avoir annulé le jugement (et elle ne peut évoquer qu'autant qu'elle annule le jugement [art. 215 C. inst. crim.]), le plaignant n'a plus aucun moyen d'obtenir justice. En effet, si la Cour juge autrement, ordonne un sursis par exemple, il faut en venir à la Cour de cassation pour quelle ordonne le renvoi devant un autre tribunal que le tribunal originaire afin de statuer sur l'incident des récusations, bien que les récusations n'aient plus désormais aucun intérêt pratique puisqu'elles ont été méconnues par les juges récusés. Or, de ces deux choses l'une : ou les récusations seront rejetées, ou elles seront admises. Dans le

Digitized by Google

premier cas, le tribunal originaire ne pourra juger le fond puisqu'il a déjà épuisé son droit par le jugement du fond. Dans le second cas, un autre tribunal ne pourra juger le fond parce qu'il a été déjà jugé par le tribunal originaire dont le jugement est debout puisqu'il n'a pas été formellement annulé. D'où suit que, pour que le cours de la justice ne soit pas tout à fait interrompu, il faut, de toute nécessité, que la Cour use du droit d'évocation qui lui est conféré par l'article 215 du Code d'instruction criminelle, droit quelle ne peut exercer qu'à la condition de prononcer la nullité du jugement.

V

La récusatiou est très-ancienne parmi nous. Nos premières ordonnances en parlent. Elle avait même lieu dans ces temps dont la raison ne croirait pas l'existence si l'histoire ne la lui prouvait, dans ces temps où les juges cherchaient la vérité à travers les épreuves du combat judiciaire, de l'eau, du feu et de tant d'autres moyens aussi peu propres à la découvrir.

Les juges les plus honnêtes sont aussi les plus susceptibles sur le point d'honneur professionnel, et Dieu sait si ce sentiment-là est intime et dominant chez le véritable magistrat! Les juges sont alors naturellement portés à regarder la récusation comme une marque de défiance déshonorante pour eux ou bien comme une manœuvre pour leur enlever injustement la juridiction qui leur appartient ou pour gagner du temps. Cette susceptibilité leur fait honneur, car elle procède de la conscience qu'ils ont de leur impartialité et du besoin de rendre bonne et prompte justice. Mais il faut que cette susceptibilité, comme la vertu, ne soit pas exagérée. La récusation est une épreuve que le juge devra d'autant plus patiemment supporter qu'elle fera ressortir avec éclat, par son rejet en temps et lieu, l'estime et le respect publics dont cette téméraire agression aura vainement voulu le dépouiller, et, comme le géant de la fable, le juge alors reprend dans ce combat de nouvelles forces en touchant la terre.

Est-ce que, d'ailleurs, le magistrat témérairement récusé ne trouve pas, dans l'amende édictée par l'article 390 du Code de procédure civile, une garantie réelle contre les abus de

Digitized by Google

cette voie scabreuse ouverte aux justiciables ombrageux et n'a-t-il pas, en outre, la ressource supplémentaire de l'action en dommages-intérêts au cas où sa réputation aurait été plus qu'imprudemment attaquée par la calomnie?

La récusation n'est donc pas en elle-même une mauvaise chose, elle a même ses bons côtés. Il y a, dans le magistrat, l'homme et le juge, et c'est dans cette personnalité complexe que se livrent parfois des luttes dont l'issue pourrait être douteuse entre les inclinations ou les faiblesses de l'homme et l'austérité du magistrat. L'homme alors est en état d'agression contre le juge, et c'est dans la résistance héroïque à ces agressions que gît la vertu, la grandeur du magistrat. Il faut, en outre, que, comme la femme de César, le juge ne puisse pas même être soupçonné. Il peut acquérir cette insoupçonnable impartialité par la fermeté bien connue de son caractère et la réserve de ses actes et de ses discours. Mais ne faut-il pas, cependant, que pour celui qui n'a pas encore acquis cette notoriété d'indépendance, de réserve et d'impartialité, il y ait comme une sorte de garantie offerte au justiciable par la loi dans la récusation limitée dans ses neuf causes et suspendue aux risques et périls du récusant, comme l'épée de Damoclès sur la tête du magistrat, qui, par distraction ou toute autre innocente raison, ne sera pas allé de lui-même au-devant de la récusation au lieu de l'attendre ou qui, se sentant exposé à des tentations que son cœur d'homme pourrait sourdement tendre comme des piéges à son âme de magistrat, a la conviction profonde et la certitude de sa victoire à ce point qu'il n'a pas même eu l'idée de s'abstenir ou de soumettre officieusemeet à ses collègues les motifs de son abstention?

Mais cette double garantie de l'amende et de l'action en dommages-intérêts qui, au civil, rassure le magistrat contre l'abus de la récusation, existe-t-elle de la même façon au correctionnel? Le justiciable ordinaire du juge civil est bien différent du justiciable ordinaire du juge correctionnel. Autant le premier est ordinairement solvable, autant l'autre l'est peu. Et que devient alors entre les mains du juge criminel injustement récusé la double garantie de l'article 390 du Code de procédure civile? Il ne reste que l'amende qui, pour être payée, n'aura elle-même que la ressource de la contrainte par

Digitized by Google

corps, car pour les dommages-intérêts, le prévenu correctionnel en général en offre rarement l'étoffe et sa surface est négative. N'y aurait-il pas ici *quelque chose à faire*, comme on disait naguère en langue parlementaire?

Cette lacune ne paraît que trop claire par les temps de luttes électorales où nous vivons, élections en tout et partout : élections présidentielles, élections sénatoriales, élections législatives, cantonales, communales, municipales, en plein régime démocratique, en plein suffrage universel, avec l'ardeur brûlante des compétitions, allumées, fomentées, chauffées à blanc par les excitations d'une presse malheureusement devenue sur ce terrain, rien moins que parlementaire, courtoise et modérée dans ses élucubrations passionnées. Si le juge, qui ne saurait être privé du droit de suffrage attribué au dernier des citoyens, est exposé à la récusation d'un prévenu parce que ce dernier aura, dans la période électorale, publié des opinions politiques ou religieuses qu'il présumera différentes de celles du juge, on peut entrevoir jusqu'où pourrait aller dans ses conséquences une pareille cause de récusation. On aura beau la colorer du nom sacramentel d'*inimitié capitale*, la dissidence politique ou religieuse irait-elle aujourd'hui, en France, jusqu'à ces limites excessives? Nous ne le pensons pas, et nous ne sommes pas encore arrivés à ce point de maladie morale que la divergence des opinions ou des principes politiques ou religieux, fût-elle même poussée bien plus loin qu'elle ne l'est, soit une cause réelle d'*inimitié capitale* entre nous, car qui dit *inimitié capitale* dit inimitié mortelle, et, à moins que le juge n'ait imprudemment pris parti manifeste, patent, en paroles et en actions, pour un compétiteur dont il aura patronné de son influence ou de ses agissements inconsidérés les prétentions débattues, à moins qu'il ne se soit ouvertement compromis ou fourvoyé ainsi dans une lutte à laquelle il pouvait avec calme, réserve et discrétion prendre part, la récusation ne saurait être, à nos yeux, fondée reposant uniquement sur le fait de dissidence ou d'antagonisme politique ou religieux. Car enfin la conviction politique ou religieuse est de toutes les propriétés la plus intime et la plus respectable, et de même qu'il n'appartient à personne d'en demander compte à un autre, de même il est du devoir et de la dignité

Digitized by Google

de celui qui l'a de la renfermer en lui-même sans aller la proclamer sur les toits, à moins que l'on ne veuille se résoudre au rôle de l'apostolat ou de la propagande du publiciste et, dans ce cas, la condition du sacerdoce nous apparaît comme la plus essentielle et la plus indispensable à cette situation. Hors le cas de compétition pour son propre compte, le magistrat ne peut que gagner à l'extrême réserve qu'il apportera dans l'exercice de son droit de suffrage. Il est même certain que ses convictions emprunteront un degré de plus de puissance et de vénération à la discrétion qui leur servira de voile.

Et où en serait la justice s'il en était autrement et si la dissidence politique et religieuse était un cas de récusation sous le nom d'*inimitié capitale?* Est-ce que toutes les règles de la compétence ne seraient pas bouleversées? Il dépendrait donc d'un prévenu de diffamation électorale ou de tout autre délit du même genre, en s'armant d'une récusation pour politique ou religion, d'arracher le plaignant à ses juges naturels, de le promener de tribunaux à la Cour suprême, de cette Cour à d'autres tribunaux en épuisant sa résignation et sa bourse! Ah! si la dissidence politique ou religieuse devenait, à elle seule, si profonde qu'elle fût motif de récusation, que deviendrait l'administration de la justice avec ce grand nombre de partis politiques et de sectes religieuses répandus sur le territoire français?

Sans doute, on exigera de la récusation politique et religieuse des conditions de gravité et de précision portant sur des *faits*. Le récusant n'en sera point avare, sauf à voir plus tard sa prodigalité réduite à néant. Mais il n'en aura pas moins provisoirement dessaisi les juges naturels du plaignant; il n'en aura pas moins suspendu, arrêté le cours de la justice; il n'en aura pas moins lassé le plaignant, et, si ce prévenu n'est point solvable, comment l'atteindre?

Dans tous les temps, l'homme investi du pouvoir de juger les autres a été, par le fait seul de ce pouvoir considérable et envié, le point de mire des jalousies de la multitude, et cela devient encore plus frappant sous un régime démocratique et d'égalité sociale. Dans tous les temps le magistrat a dû s'observer, et ce n'est pas seulement au palais qu'il doit faire acte permanent de réserve, de discrétion et de tenue,

Digitized by Google

mais en dehors du palais et jusque sous le toit domestique et au sein de sa famille, à plus forte raison sur le terrain incandescent des luttes politiques ou des dissentiments religieux. Il doit se dégager de toute sa personne comme un air ambiant et palpable d'indépendance, de modération et de dignité. Les lumières et l'instruction lui sont indispensables sans doute, mais les qualités du caractère le lui sont plus encore. Jamais on ne les aura autant exigées du magistrat que dans les temps où nous entrons. Le pouvoir exceptionnel du magistrat lui crée une situation si distinguée des autres et si convoitée, qu'il doit plus que jamais en justifier la possession par la distinction même de sa personne, de ses habitudes et de ses mœurs.

Les mœurs ! les mœurs judiciaires surtout, et par ces mots, qu'il est plus aisé de comprendre que de définir, nous entendons le plus bel apanage du magistrat, car loin de s'improviser, elles sont le fruit d'une éducation spéciale et du temps, souvent aussi de la tradition et des exemples. Il n'est pas de talent, de supérioté intellectuelle qui puisse en tenir lieu. Dépourvus de cette auréole, ces grands avantages ne sont que des manifestes d'insuffisances.

Aussi rendons-nous hommage de toute notre âme aux mesures récemment prises en vue du recrutement et du noviciat de la magistrature et dans lesquelles on a parfaitement concilié les garanties du concours avec celles du caractère, de l'éducation et des mœurs : pressentiment étudié de la vocation, esprit de suite dans son exercice et dans les épreuves pratiques de collaborations éminentes et d'exemples précieux sous la paternelle mais ferme vigilance de la chancellerie, tel est le cachet distinctif de cette patriotique initiative qui marquera dans la série des nombreuses tentatives de réorganisation judiciaire. BOUNICEAU-GESMON.

DE LA RESPONSABILITÉ DES FONCTIONNAIRES PUBLICS

SOUS L'EMPIRE DU DÉCRET DU 19 SEPTEMBRE 1870.

Par M. Paul BERNARD, conseiller à la Cour de Dijon.

I

Le privilége des agents du gouvernement de n'être livrés à la justice que suivant des formes déterminées et exception-

Digitized by Google

nelles du droit commun a été légué à notre ancien droit par les institutions romaines. Cette antique origine a fait dire à un savant criminaliste qu'il était une résultante nécessaire des rapports sociaux[1], et que, sous la réserve des modifications que la succession des systèmes politiques peut lui faire subir dans l'exécution, il doit se retrouver dans la législation de tous les peuples civilisés. La pensée de l'éminent magistrat, sans revêtir une forme aussi accusée, me paraît tendre à cette conclusion. Mais si grande que soit l'autorité du passé, n'est-elle pas de sa nature précaire, contingente et susceptible de s'évanouir devant les résultats de l'expérience et les espérances de l'avenir? Combien n'en avons nous pas vu sombrer sous les coups d'une libre discussion philosophique, de ces règles législatives anciennes qui avaient été considérées comme l'expression d'un véritable intérêt social et que nul aujourd'hui n'oserait défendre! Tel est l'histoire de bien des priviléges et de bien des principes mis à néant par la Révolution de 1789.

Au premier abord on a pu paraître mal venu à contester le principe même de la garantie constitutionnelle. On est préoccupé de cette idée imposée par la tradition qu'il y a un grand péril social à livrer les dépositaires du pouvoir à la discrétion de citoyens qui, sous prétexte d'être lésés par l'exercice d'une autorité tracassière et malintentionnée, ne chercheraient en réalité qu'à se soustraire à son étreinte légitime en se mettant en rébellion contre elle et en donnant un libre cours à des persécutions inspirées par de mauvais sentiments, tels que la haine et l'esprit de parti. Aussi avant d'aborder la discussion des problèmes juridiques que soulève l'abrogation de la garantie constitutionnelle telle qu'elle était organisée par la Constitution de l'an VIII, importe-t-il de rechercher l'origine de ce privilége dans les constitutions politiques qui l'avaient adopté. Les données du passé ne seront pas perdues lorsque nous examinerons si l'action des citoyens contre les fonctionnaires doit être réglementée d'une manière quelconque.

A Rome, comment le privilége s'était-il établi? Dans les temps antiques tout citoyen pouvait tuer quiconque se ren-

[1] Faustin Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, t. III, p. 253.

Digitized by Google

dait coupable d'une trahison manifeste envers l'État. C'est lors de la sécession du peuple sur le mont Sacré que les plébéiens firent déclarer l'inviolabilité de leurs tribuns, afin de repousser à l'avance toute violence du parti aristocratique. Plus tard, les autres magistrats, les édiles, les décemvirs, furent entourés des mêmes garanties. Mais le peuple n'abandonnait pas pour cela le droit de se venger de leur arbitraire; ainsi fit-il d'Appius Claudius qui avait violé la loi décemvirale sur la liberté provisoire promulguée par lui-même, en adjugeant Virginie au complice de son odieuse séduction, au lieu de la mettre en liberté sous caution. Le sang de Virginie, immolée par son père pour la sauver du déshonneur, appelait le sang du décemvir; le peuple se souleva, jeta Appius Claudius en prison où il s'étrangla, suivant les uns, et fut mis à mort par ordre des tribuns, suivant Denis d'Halycarnasse. Cette révolution affirma le pouvoir politique du peuple et marqua son avénement au pouvoir judiciaire. Il n'exerça celui-ci tout d'abord que d'une manière illusoire dans les comices par centuries, seuls investis de la juridiction suprême en matière criminelle, car là l'élément patricien avait maintenu sa prépondérance en remplissant toutes les centuries, sauf la dernière où la plèbe était reléguée. Il n'exerça réellement le pouvoir judiciaire qu'à l'époque où les accusations criminelles furent déférées aux comices par tribus.

Outre le privilége de n'être jugés que par la juridiction aristocratique des comices par centuries, laquelle se perdit par les acquittements scandaleux dont elle couvrit les déprédations des généraux, des proconsuls et des préteurs dans les provinces conquises, les magistrats avaient celui d'être inviolables tant qu'ils étaient en fonction. Jusque-là, le préteur devait se borner à informer. Les lois Julia et Servilia du VIIe siècle ne firent que consacrer ce principe. Le magistrat qui était accusé avant l'expiration de l'année pour laquelle il était élu et qui ne voulait pas aller au-devant des arrêts du peuple, pouvait se prévaloir de cette excuse dite *nécessaire*. Sous l'empire d'une Constitution où le droit d'accusation appartenait à tout citoyen, où les sentiments les plus coupables, les haines les plus audacieuses prenaient pour se satisfaire le masque du patriotisme, où les passions politiques

Digitized by Google

déchaînées dans l'atmosphère orageuse du Forum stimulaient tous les ressentiments et faisaient cortége soit à l'accusé, soit à celui qui tenait d'une main mal assurée l'arme d'accusation, il fallait protéger les magistrats contre l'exercice d'un droit dont l'abus pouvait être d'autant plus fatal à la République qu'ils avaient à soutenir le double choc des dissensions intestines et de la guerre extérieure.

Mais outre que les inconvénients de ce privilége étaient singulièrement diminués par le caractère purement temporaire des magistrats romains, hâtons-nous d'ajouter que le peuple avait un moyen sûr de se défaire des magistrats concussionnaires ou rebelles à la loi. A l'époque même où les accusations criminelles étaient déférées aux comices par centuries, les comices par tribus exerçaient une juridiction pécuniaire. C'est là que les consuls comparaissaient pour rendre compte de tous leurs actes. L'amende (*mulcta*) prononcée par ces comices était moins une peine, il est vrai, que la sanction d'un blâme infligé au magistrat qui avait commis quelque abus d'autorité; mais la puissance du peuple était sans limite, et outre la flétrissure résultant de la condamnation solennelle des actes illégaux, il prononçait des amendes arbitraires équivalentes, quand il le voulait, à une véritable confiscation de la fortune du prévaricateur. Celui-ci était contraint par ce moyen à s'exiler afin d'éviter la perte de la liberté qui suivait le non-payement de l'amende. Ce droit permettait donc au peuple d'annihiler le privilége de la garantie constitutionnelle lorsque son impatience ne lui permettait pas d'attendre le jour où l'accusation pourrait poursuivre le magistrat indigne.

Lorsque l'Empire édifia le principe de l'autorité absolue et despotique d'un seul sur la ruine de toutes les libertés publiques, il se garda de détruire un privilége qui lui assurait de la part des agents du pouvoir, en échange d'une protection pouvant aller jusqu'à l'impunité, un dévouement pouvant aller jusqu'au servilisme. Le peuple qui avait lutté durant des siècles pour arracher au patriciat la puissance politique, en fut dépouillé et vit l'autorité judiciaire transférée par Tibère au Sénat, instrument docile des volontés du tyran pour innocenter des coupables, condamner des innocents ou lui fournir des délations afin de pourvoir à ses crimes. Dès

Digitized by Google

lors toutes les révolutions judiciaires qui se succèdent ne tendent qu'à absorber la justice dans la personne de l'empereur et de ses délégués et à anéantir toutes les formes de la procédure consacrées par la loi du jury pour y substituer le caprice des volontés personnelles. Les gouverneurs des provinces imitent toutes les folies et tous les crimes de leur maître, sans être arrêtés par la menace d'être traduits devant le Sénat au sortir de leur charge. Étaient-ils en crédit à Rome, faisaient-ils partie du Sénat, avaient-ils amassé assez de richesses pour éblouir les juges de leur faste et se ménager des intrigues, avaient-ils appauvri la province au point qu'elle n'eût pas les ressources pour se défendre, ils étaient assurés de l'impunité, et poussaient l'impudence jusqu'à se vanter non-seulement d'échapper à l'accusation, mais encore de se faire décerner des actions de grâces. « Que tous ceux qui liront les malheurs de ces temps dans mes écrits ou dans ceux des autres historiens, dit Tacite, sachent que toutes les fois que le prince ordonna un exil ou un assassinat, des actions de grâces furent rendues aux dieux, et qu'ainsi les solennités qui annonçaient autrefois nos triomphes étaient devenues l'indice de nos calamités publiques [1]. »

Le Sénat restait rarement dans les limites d'une justice impartiale; tantôt il déployait une inique rigueur pour plaire à l'empereur, tantôt il envoyait les proconsuls concussionnaires en exil en ne les condamnant qu'à des restitutions incomplètes, leur permettant ainsi d'aller encore étaler dans les provinces leurs scandaleuses prodigalités. Par une iniquité plus grande, il prononçait ces restitutions au profit du fisc au préjudice des provinces dépouillées, décourageait ainsi les opprimés de la plainte et laissait un libre cours au brigandage des proconsuls.

Quand l'empereur s'attribuait le droit de juger seul, comme le faisaient les Caligula, les Claude et les Néron, l'arbitraire ne se dissimulait même pas sous les apparences de la légalité et les agents impériaux obtenaient facilement une sentence d'absolution. « Deux accusés qui avaient exercé en Afrique le pouvoir proconsulaire, Camérinus et Silvanus, furent absous par Néron. Camérinus était seulement pour-

[1] *Annales*, liv. XIV, LXIV.

Digitized by Google

suivi par quelques particuliers qui lui reprochaient des violences plutôt que des concussions. Silvanus était assailli par un grand nombre d'accusateurs qui demandaient le temps de rassembler des témoins; l'accusé, au contraire, résistait pour être jugé sur l'heure. Il l'emporta parce qu'il était riche, sans enfants et vieux; et il vécut plus longtemps que ceux dont les intrigues l'avaient sauvé[1]. »

Constantin abolit l'inviolabilité des magistrats, proclama que l'accusation effaçait toutes les prérogatives et que l'agent indigne devait subir les lois de droit commun; mais les empereurs Valens et Valentinien, ainsi que leurs successeurs Gratien, Zénon, etc., ne laissèrent au juge local que le droit d'informer et de mettre en arrestation le privilégié, sauf à transmettre l'information préparatoire au prince qui se réservait d'examiner s'il y avait lieu à le décréter d'accusation.

De tout ce qui précède il résulte que sous la République l'inviolabilité des magistrats fut rendue nécessaire par les écarts du droit d'accusation et que l'autorisation préalable par laquelle les empereurs la remplacèrent doit être rapportée au système de centralisation qui caractérisa le despotisme byzantin.

II

Le principe qui domine toute la législation de l'ancienne France fut dans toutes les branches de l'administration le jugement des officiers inférieurs par leurs supérieurs. Quelle était son origine? Se rattachait-il au privilége du droit romain ou était-il un souvenir des justices seigneuriales et du droit qu'avait le baron féodal de juger ses officiers? L'une et l'autre hypothèse paraissent également vraisemblables. Le roi jugea d'abord dans son domaine les officiers du palais puis les fit juger par son conseil devenu le Parlement. Tous les grands voulaient également être jugés par la Cour du roi. Ce privilége s'étendit des comtes de la première race à tous les grands bénéficiers. Sous la féodalité, les seigneurs firent à leur tour ce que le roi faisait à leur égard. Lorsque l'autorité royale se releva, les officiers de justice délégués par elle réclamèrent le privilége d'être jugés par la Cour du roi. Le

[1] Tacite, *Annales*, liv. XIII, LII.

Digitized by Google

prince avait intérêt à entourer de garanties exceptionnelles et à couvrir même de sa responsabilité souveraine des agents munis de pouvoirs extraordinaires qui avaient pour mission de restaurer le trône et d'établir par des empiétements successifs la centralisation politique, judiciaire et administrative. On sait que les baillis et les sénéchaux furent les instruments les plus actifs de la suprématie de la couronne. Ils étaient les véritables représentants du roi; armés de la plume et de l'épée ils marchaient tête baissée dans les rangs féodaux abattant par la ruse, la violence ou la justice tout ce qui pouvait faire obstacle au droit d'une souveraineté qui avait été foulée aux pieds pendant des siècles et dont l'image seule avait perpétué le souvenir. Chefs civils et militaires des provinces dans lesquelles ils venaient hautement proclamer que toute justice émane du roi, ils appelaient aux armes les chevaliers, se plaçaient à leur tête, percevaient les redevances, relevaient ou abaissaient les communes et exécutaient les armes à la main les commandements de leur souverain. Si Louis XI, afin de porter de plus rudes coups aux seigneurs, allait chercher ses baillis parmi les enfants perdus de la basoche, il n'en fut pas ainsi à l'origine où les baillis étaient de grands personnages, nobles de naissance et presque toujours choisis par le conseil du roi parmi les membres du Parlement. On trouve parmi les successeurs de Philippe de Beaumanoir, un Guillaume, comte de Montmorency, un Henri de Boulinvilliers, comte de Roussillon, un Roger du Plessis, comte de Liancourt[1]. Ces nobles champions du trône, qui avaient entrevu comme dans un lointain lumineux l'unité de la souveraineté alors morcelée et éparpillée en mille mains violentes, devaient être protégés à l'égal des proconsuls romain, des comtes francs et gallo-romains, de même qu'ils étaient soumis à un grand nombre de prescriptions que l'on avait fait revivre des Constitutions de l'Empire. Comme d'ailleurs ils avaient dans le Parlement un rôle consultatif, car ils devaient assister aux audiences le jour où l'on expédiait les appels interjetés par les justiciables de leur bailliage, pour donner des renseignements sur les faits du procès et la coutume à appliquer, il était naturel que la plus

[1] M. Becot, discours sur Ph. de Beaumanoir.

Digitized by Google

haute de toutes les juridictions connût de leurs actes. Le roi, chef suprême de la justice, les jugeait donc dans son Parlement, dont la compétence était complète puisqu'il réunissait la juridiction civile, criminelle et disciplinaire.

D'ailleurs les légistes qui étudiaient avec autant d'enthousiasme que de passion intéressée le droit romain pour y puiser des armes contre les doctrines féodales y trouvèrent le principe de la protection juridictionnelle, et ils s'empressèrent de le faire proclamer. L'ordonnance de Philippe le Bel de 1302 porte, en effet, que « le juge subalterne ne peut aucunement connaître contre les officiers royaux du fait qui concerne leurs offices, ni les punir des méfaits et excès qu'ils auraient faits en les exerçant. » Mais ce qui prouve que les règles du droit féodal sur la vassalité et les justices seigneuriales avaient été combinées avec le droit byzantin, c'est que les ordonnances (1363) reconnurent ou plutôt maintinrent aux seigneurs le droit de punir les officiers de leurs propres justices, tout en déclarant que ceux-ci étaient justiciables pour les délits de leurs charges, non-seulement des seigneurs qui les avaient institués, mais encore des officiers royaux, leurs chefs hiérarchiques. On voit que le principe de la garantie, en dehors du mobile égoïste de la solidarité gouvernementale et du mobile désintéressé de la discipline judiciaire, trouva une nouvelle raison de s'appliquer aux officiers de toute la hiérarchie judiciaire dans l'intérêt qu'il y avait à ne pas laisser le seigneur exercer lui-même son droit de justice sur ses officiers prévaricateurs au préjudice de la prééminence royale. Or, comme chacun des grands fiefs était organisé sur le modèle du domaine royal, que tout grand feudataire avait sa Cour de sénéchaussée divisée le plus habituellement en bailliages, il en résultait que la réunion de tout grand fief à la couronne apportait à celle-ci un certain nombre de bailliages dans lesquels le principe du jugement de l'officier de justice par le seigneur était depuis longtemps pratiqué. Par conséquent la juridiction privilégiée du roi, désormais substitué au seigneur, ne pouvait être contestée.

Suivant les mêmes ordonnances les officiers des justices royales, lorsqu'ils étaient sujets d'un seigneur, ne pouvaient être punis par ce dernier que pour les faits étrangers à leur charge. Les seigneurs eux-mêmes qui, dans l'exercice de leur

Digitized by Google

droit de justice, se rendaient coupables de concussion et d'autres actes arbitraires, étaient justiciables du Parlement. Il est permis de supposer que ce privilége de juridiction, qui pouvait tourner au préjudice des justiciables quand il s'appliquait à des officiers royaux, leur profitait quand il était mis en action à l'égard des seigneurs parce qu'il favorisait la centralisation administrative. Le Parlement frappait alors rudement les concussionnaires : témoin ce seigneur de Marans qu'il condamna à mort en 1353.

Qu'on ne croie pas cependant que le droit des justiciables lésés fût absolument sacrifié par le privilége juridictionnel. Les ordonnances enjoignaient aux officiers de judicature de demeurer dans leur résidence cinquante jours à partir de l'expiration de leurs fonctions, pour répondre civilement aux plaintes que leurs administrés auraient à élever contre leur gestion. Mais ces ordonnances étaient mal observées, et nous voyons à diverses reprises les états généraux faire entendre leurs doléances et notamment l'ordonnance Cabochienne, rendue sur leurs réclamations, confirmer le principe de la responsabilité civile (art. 187). « Les officiers de justice destitués ou déchargés de leurs offices demeureront dans leurs sénéchaussées, bailliages ou judicatures, sans transporter aucun de leurs biens hors de leur domicile par l'espace de XL jours après qu'ils auront été remplacés par de nouveaux juges, afin de pouvoir répondre à tous ceux qui se plaindraient d'eux. » Les plaignants présentaient requête au nouveau bailli, qui devait juger sommairement après avoir entendu les explications sous serment des anciens officiers.

Le privilége de juridiction octroyé aux officiers du roi dans l'ordre judiciaire devait d'autant plus facilement prévaloir aussi dans l'ordre administratif qu'il y était naturellement introduit par la raison d'État à une époque où l'arbitraire était la seule loi, où le droit féodal se transformait et où la confusion des pouvoirs permettait d'accumuler sur la tête d'un bailli tous les pouvoirs militaires, civils et judiciaires. Aussi toutes les branches de l'administration s'établirent-elles avec le même principe de protection que le roi s'empressait de déclarer en leur faveur, de telle sorte que non-seulement le sol de la France fut couvert de juridictions exceptionnelles correspondant à chaque branche de

Digitized by Google

l'administration, et dans lesquelles le gouvernement du roi était juge et partie; mais en outre au faîte de chacune de ces administrations, se trouvait une juridiction spéciale qui jugeait tous les préposés qu'elles employaient. C'était bien là la plus exorbitante de toutes les garanties, supérieure à celle de l'autorisation préalable adoptée par les constitutions modernes. Outre que l'administration pouvait poursuivre ou étouffer la plainte, elle jugeait le procès comme elle l'entendait, c'est-à-dire elle pouvait faire un simulacre de justice le jour où elle voulait sauver un agent compromis, mais protégé par la faveur du roi, des ministres ou des courtisans.

Conformément au droit romain, dans un intérêt de sûreté publique, l'information avait été laissée aux magistrats locaux. « Quoi donc, dit Ayrault, si en notre province un grand et qui fut privilégié délinquait, toutes nos fonctions cesseraient-elles? Il faudrait suivre l'ordonnance de Valens, Gratianus et Valentinianus, en la troisième loi du titre Des accusations du Code Théodosien, informer seulement, puis envoyer le tout au chancelier ou au Parlement. »

Si certains agents n'appartenaient pas à une catégorie de fonctionnaires protégés par une juridiction spéciale, le roi trouvait dans l'évocation un moyen facile de le soustraire à ses juges. Nous ne pouvons pas aujourd'hui nous faire une idée exacte de ce que fut la plaie des évocations. Il suffit de rappeler que les évocations de grâce ou priviléges de *committimus* revêtaient franchement le caractère d'une faveur royale, qu'elles étaient illimitées et faisaient sortir du droit commun un nombre infini de personnes; que l'on trafiquait de ces lettres; que le roi pouvait aussi créer des commissaires extraordinaires, porter devant son conseil, en vertu de la plénitude de juridiction qui reposait en lui, les affaires pendantes devant toutes les juridictions du royaume, sans que nul pût lui demander compte de sa décision puisqu'ayant le droit de juger lui-même tous les différends de ses sujets ou toutes les accusations qui pesaient sur eux, il devait avoir le droit de déléguer tels ou tels juges suivant son bon plaisir. Vainement les états généraux avaient protesté contre un principe qui avait pu être vrai tant qu'il avait été limité au domaine du roi sous l'empire de la féodalité, mais qui deve-

Digitized by Google

nait une exagération inique dès que le roi ne rendait plus la justice en personne et se faisait représenter par des juges permanents et ayant un ressort limité; toutes les plaintes, si répétées qu'elles fussent, n'eurent d'autre résultat que de faire rendre des ordonnances qu'on n'exécuta pas. L'évocation royale continua à favoriser les sujets bien en cour ou les agents qu'une administration jalouse voulait soustraire à l'impartialité des juges ordinaires. Le roi lui-même défendit aux Parlements de surseoir à la prononciation des arrêts malgré les lettres d'évocation. Mais ces liens dans lesquels le pouvoir avait cherché tant de fois à enchaîner son omnipotence étaient trop fragiles pour que nul en tînt compte et si les Parlements, plus scrupuleux que le roi pour assurer l'exécution des promesses légales, élevaient un conflit, ils succombaient inévitablement devant l'expression hautaine et inflexible de la sagesse de Sa Majesté. L'évocation ne connut bientôt plus de bornes. Des hautes sphères de la justice elle descendit aux degrés les plus humbles des juridictions de tous les ordres. Dans tous les rangs de l'ordre judiciaire il y eut une véritable fureur d'évocation, fureur qui avait sa source dans la recherche ardente des épices. C'était une lutte à qui libérerait le plus vite le prix de sa charge ou en élèverait le plus haut la valeur. Les juges s'arrachaient les procès, les revendiquaient, et faisaient mutuellement arrêter les huissiers chargés de signifier les arrêts d'incompétence ou d'évocation. On évoquait pour cause de parenté ou alliance, de suspicion, de troubles politiques; on évoquait au civil, au criminel; toutes les notions de la règle étaient bouleversées; c'était l'anarchie.

Au milieu de ce désordre soustraire un agent du gouvernement à ses juges, lorsqu'il n'appartenait pas à une juridiction exceptionnelle, était donc facile sans que l'opinion publique songeât même à protester, puisque l'arbitraire était devenu la règle. Aussi M. de Tocqueville a-t-il pu dire : « Sous l'ancienne monarchie, le gouvernement n'avait guère moins de soins que de nos jours d'éviter aux fonctionnaires le désagrément d'avoir à se confesser à la justice, comme de simples citoyens. La seule différence essentielle entre les deux époques est celle-ci : Avant la Révolution, le gouvernement ne pouvait couvrir ses agents qu'en recourant à des

Digitized by Google

mesures illégales et arbitraires, tandis que depuis il a pu légalement leur laisser violer la loi. Lorsque les tribunaux ordinaires de l'ancien régime voulaient poursuivre un représentant quelconque du pouvoir central, il intervenait d'ordinaire un arrêt du Conseil qui soustrayait l'accusé à ses juges et le renvoyait devant des commissaires que le Conseil nommait; car, comme l'écrit un conseiller d'État de ce temps là, un administrateur ainsi attaqué eût trouvé de la prévention dans l'esprit des juges ordinaires et l'autorité du roi eût été compromise. Ces sortes d'évocations n'arrivaient pas seulement de loin en loin, mais tous les jours, non-seulement à propos des principaux agents, mais des moindres. Il suffisait d'appartenir à l'administration par le plus petit fil pour n'avoir rien à craindre d'elle. Un piqueur des ponts et chaussées chargé de diriger la corvée est poursuivi par un paysan qu'il a maltraité. Le Conseil évoque l'affaire et l'ingénieur en chef, écrivant confidentiellement à l'intendant, dit à ce propos : « *A la vérité le piqueur est très-répréhensible, mais ce n'est pas une raison pour laisser l'affaire suivre son cours;* car il est de la plus grande importance pour l'administration des ponts et chaussées que la justice ordinaire n'entende ni ne reçoive les plaintes des corvéables contre les piqueurs des travaux. Si cet exemple était suivi, ces travaux seraient troublés par des procès continuels, que l'animosité publique qui s'attache à ces fonctionnaires ferait naître. »

Si nous avons cité cette page bien connue, c'est qu'elle résume admirablement l'hommage rendu à l'impartialité de la justice ordinaire par la défiance où la tenait l'ancien régime ainsi que le caractère de la protection qu'il voulait assurer à ses agents au détriment des règles les plus simples de la justice. Qui donc oserait avancer que l'évocation, pratiquée dans l'esprit indiqué par la correspondance confidentielle de ceux mêmes qui la provoquaient, dût aboutir à un autre résultat qu'un déni de justice? Ce n'était pas par suspicion contre les juges ou par crainte qu'ils n'exagérassent la répression que l'administration transportait devant une commission éloignée des agents, de son aveu très-répréhensibles; c'était pour que l'affaire ne suivît pas son cours et que l'exemple d'une juste répression ne donnât pas aux vic-

Digitized by Google

times d'actes de violence semblables la témérité de porter leur plainte devant les tribunaux, parce que ces plaintes fussent devenues innombrables.

Quant aux Parlements, s'ils faisaient des remontrances, il y était répondu, comme en juin 1759 le roi répondait à celui de Rouen : « Par considération ou des raisons d'État dont les magistrats ne peuvent être juges, le roi peut, sans donner atteinte aux lois, user du pouvoir qui réside en sa personne par des voies d'administration dont qui que ce soit ne doit se dire exempt dans le royaume. »

On est donc fondé à conclure que le principe de la garantie constitutionnelle des fonctionnaires sous l'ancien régime fut emprunté aux constitutions absolutistes du Bas-Empire, ainsi qu'aux traditions despotiques du fief seigneurial; qu'il eut sa raison d'être dans cette période de transformation où la royauté, n'étant encore que la première couronne seigneuriale, voulut se constituer en pouvoir central et dominateur de tous les fiefs. Dans cette lutte mémorable qui devait assurer l'unité politique de la France, les agents du pouvoir conquérant furent considérés comme les instruments irresponsables d'une volonté souveraine qu'ils ne devaient ni enfreindre ni discuter. La raison d'État fut la sauvegarde de chacun d'eux, parce que le droit du roi dominait tous les droits et que les règles des juridictions instituées n'étaient pas considérées comme formant entre les sujets et lui un contrat définitif qui pût porter atteinte à la plénitude de son droit de justice. La séparation des pouvoirs, l'égalité devant la loi, la liberté individuelle, le droit de n'être pas distrait de ses juges naturels, n'étaient pas encore des maximes de droit public. Si quelques-uns de ces droits ont été revendiqués par les états généraux et les Parlements et même reconnus par les ordonnances, celles-ci ne furent qu'un simulacre de garantie.

Lorsque la monarchie absolue eut triomphé, elle aurait dû, au lieu de réduire la nation à un silence humiliant, jeter les fondements d'une Constitution, afin de répartir le fardeau écrasant de sa responsabilité sur des pouvoirs sagement équilibrés, d'assurer à tous ses sujets le libre exercice de leurs droits et de faire la guerre aux priviléges injustes des seigneurs dans l'ordre civil, comme elle l'avait faite, à son

Digitized by Google

profit, dans l'ordre politique. Elle ne comprit pas sa mission, et, suivant l'expression de Tocqueville, « la féodalité demeura la plus grande de nos institutions civiles en cessant d'être une institution politique. » Aveuglée par l'orgueil de l'omnipotence, la royauté étouffa la voix des Parlements quand ils firent entendre des remontrances, et brisa les dernières libertés politiques en engageant avec les États provinciaux un duel à outrance dans lequel ceux-ci finirent par succomber. Alors l'absolutisme se déchaîna en des théories insensées, aussi bien qu'en des exactions sans nom et sans limites. Le roi devint le maître des âmes, de la vie, de l'honneur, des biens de ses sujets. L'autorité paternelle, la liberté individuelle, la liberté de conscience furent foulées aux pieds avec un cynique dédain. Celui qui se disait le représentant de Dieu dans le royaume pour y faire prévaloir le règne de la justice au-dessus de toutes les dissensions et de toutes les iniquités humaines donna le scandaleux exemple de la violation des droits les plus sacrés. Certain ministre se vantera de n'avoir expédié que 40,000 lettres de cachet, tandis qu'un autre en a délivré 50,000. La maîtresse de celui-ci en tiendra boutique ouverte au prix de 25 louis. La lettre de cachet deviendra une monnaie courante que des faussaires fabriqueront au besoin et qui circulera entre les mains des derniers agents de l'autorité et du fisc, aussi bien qu'entre celles des intendants, des lieutenants de police et des ministres. Elles seront à la disposition des haines privées, des vengeances politiques, des convoitises les plus honteuses, du mal comme du bien. Ce fut l'idéal de l'arbitraire menaçant tous les sujets et si bien défini par ce mot de Malesherbes : « qu'aucun homme en France ne devait se croire assez grand pour braver la vengeance d'un ministre ou assez petit pour se dérober à l'inimitié d'un commis. » Et cela se pratiquait sous l'empire d'ordonnances nombreuses qui enjoignaient aux magistrats d'obéir aux lettres closes en même temps qu'elles menaçaient de la peine de mort quiconque commettrait le crime de *chartre privée.*

Dans un semblable système on ne saurait prétendre que le privilége des fonctionnaires fût justifié par la raison d'État, puisque celle-ci avait abdiqué même les apparences du salut public en prostituant son nom pour couvrir les intrigues les

Digitized by Google

plus odieuses ainsi que l'iniquité sous toutes ses faces, sous prétexte de jeter un voile impénétrable sur certaines misères domestiques. Qu'on n'invoque donc plus les traditions du passé pour légitimer la garantie constitutionnelle, puisqu'il est démontré qu'en dehors des époques de transition où elle a pu être nécessaire, elle constitua une des formes les plus injurieuses du despotisme.

III

Aussi lorsqu'en 1789 la nation est remise en possession d'elle-même, elle proteste contre les abus de pouvoir des fonctionnaires de tout ordre et déclare vouloir établir une charte des droits de l'homme, délimiter tous les pouvoirs publics, ne maintenir aux agents de l'État que la somme d'autorité indispensable à l'exercice de leur mandat, mettre un frein à l'omnipotence du roi et à l'arbitraire ministériel.

On lit dans les cahiers :

« Que les ministres ne puissent attenter à la liberté et à la propriété de personne par aucun acte arbitraire, même signé du roi [1].

« Les états généraux devront pourvoir au moyen de juger et de punir tous les représentants du souverain, sans exception, qui auront abusé de leur pouvoir, et tous juges, supérieurs ou subalternes, pour déni de justice, acception de personnes, sollicitations accueillies et autres abus de ce genre [2].

« Quiconque, ministre, officier, soldat, exempt, recors ou autre, de quelque état qu'il soit, exécutera ou favorisera l'exécution d'un mandat d'arrêt non émané *des juges ordinaires*, même quand il serait signé de la main du roi, doit être frappé de la peine la plus sévère, et ladite peine ne sera prescrite par aucun laps de temps; le roi n'en pourra jamais accorder ni grâce, ni rémission, ni commutation. Les coupables deviendront en outre passibles de dommages-intérêts pour lesquels ils seront solidaires envers les parties [3].

« Si les intendants de police ne sont pas supprimés, qu'ils

[1] Amont, les trois ordres; noblesse de Poitiers.
[2] Tiers de Toulon, Nantes, etc.; noblesse d'Évreux.
[3] Les trois ordres de Montfort-l'Amaury et de Dreubs.

Digitized by Google

soumettent au moins leur conduite à une loi protectrice des droits sacrés des personnes et des propriétés [1].

« Que les commandants de place ne puissent faire constituer prisonnier aucun domicilié, sans l'intervention des autorités judiciaires [2]. »

Enfin les cahiers veulent paralyser le despotisme royal et ministériel en isolant la justice de l'administration par la suppression du droit d'évocation et par celle de toutes les juridictions exceptionnelles administratives et financières, telles que les trésoreries, les intendances, les traites foraines, les greniers à sel, les élections, la cour des aides, la chambre des comptes, les officialités, les justices des seigneurs, les commissions extraordinaires. Presque tous les cahiers proclament ce principe fondamental de la vraie justice sociale : « Nul citoyen ne peut être enlevé à ses juges naturels. »

Conformément à ces vœux, l'Assemblée constituante abolit le droit d'évocation, toutes les juridictions privilégiées et promulgua dans la déclaration solennelle des droits cette maxime : « Art. 15. La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration. »

Malheureusement les préventions politiques avaient à l'avance inspiré à la même assemblée des actes qui donnaient à cette maxime un éclatant démenti et qui s'écartaient singulièrement des vœux exprimés par la nation. Non-seulement elle avait violé le principe de la séparation des pouvoirs en attribuant à l'administration elle-même le contentieux administratif, ce qui constituait un empiétement, depuis lors toujours regretté, sur le pouvoir judiciaire, mais encore elle avait rouvert la porte aux abus de l'ancien régime, en renouvelant sous une forme différente le privilége des fonctionnaires. La réforme que les cahiers avaient réclamée avec tant de justice, d'insistance et d'autorité échoua par suite de la défiance qu'inspiraient aux nouveaux législateurs les souvenirs de la magistrature parlementaire. Les Parlements avaient eu la prétention de représenter la nation, de remplacer les états généraux; l'éclat des luttes qu'ils avaient engagées contre le roi, la hardiesse de leurs remontrances, leurs refus d'enregistrer les ordonnances, les arrêts de règlement

[1] Tiers état de Bigorre.
[2] Noblesse d'Abbeville.

Digitized by Google

qu'ils avaient rendus en toutes matières, la faveur dont l'opinion publique les avait entourés, étaient des griefs encore trop récents pour que la magistrature nouvelle fût dégagée de toute solidarité avec eux. On ne leur pardonnait pas leur attachement égoïste à leurs priviléges, leur résistance aux réformes qui y portaient atteinte, leur obstination enfin à ne pas s'avancer dans la voie du progrès, par crainte de l'orage révolutionnaire. L'héritage de l'impopularité sous laquelle étaient tombés les parlementaires échut fatalement à leurs successeurs. On tint ces derniers pour suspects d'empiétements arbitraires, avant même de savoir s'il ne leur suffirait pas d'être indépendants, et on les déclara indignes de juger les agents administratifs sans le consentement de l'administration supérieure, comme s'il était plus difficile de constater la violation d'une loi à l'occasion de l'exercice d'un mandat déterminé que dans toute autre circonstance.

L'article 61 de la loi du 14 décembre 1789 sur la constitution des municipalités était ainsi conçu : « Tout citoyen actif pourra signer et présenter contre les affaires municipaux la dénonciation des délits d'administration dont il prétendra qu'ils se seraient rendus coupables; mais avant de porter cette dénonciation devant les tribunaux, il sera tenu de la soumettre à l'administration du directoire de département, qui, après avoir pris l'avis de l'administration de district ou de son directoire, renverra la dénonciation, s'il y a lieu, devant les juges qui devront en connaître. »

Si cette disposition contenait le germe de la garantie que l'esprit jaloux de l'administraiion développera complaisamment, comme ces plantes dont le ciel favorise la luxuriante végétation, notons néanmoins que l'Assemblée constituante ne méconnaissait pas les vœux de la nation au point de vouloir désarmer les citoyens du droit de demander justice des actes arbitraires dont ils pouvaient être privativement victimes. Elle restreignait l'autorisation préalable aux actes qui blesseraient les intérêts généraux de la commune, laissant dans le domaine du droit commun ceux qui blesseraient les droits individuels. Cette distinction résultait de l'instruction annexée à la loi, et c'est ainsi que la Cour de cassation avait interprété celle-ci (Crim. rej., 23 mai 1322 [1]); mais on n'en resta point-là.

[1] *Répert.* de Dalloz, v° MISE EN JUGEMENT DE FONCTIONNAIRES, n° 61.

Digitized by Google

Le décret des 16 et 24 août 1790 (art. 13), après avoir prohibé l'immixtion de l'autorité judiciaire dans le domaine du pouvoir législatif et notamment par voie d'arrêt de règlement, défendit aux juges, à peine de forfaiture, de troubler de quelque manière que ce fût les opérations des corps administratifs, *ni de citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.*

La loi des 7-14 octobre 1790 précisa en le généralisant le principe de la garantie : « Aucun administrateur ne peut être traduit devant les tribunaux pour raison de ses fonctions publiques, à moins qu'il n'y ait été renvoyé par l'autorité supérieure conformément aux lois. » La distinction entre les attentats personnels et les délits d'administration n'est plus indiquée comme dans la loi municipale. L'empiétement commence à s'accentuer.

Les Constitutions suivantes reproduisirent la défense faite au pouvoir judiciaire de citer les administrateurs. Celle des 3 et 14 septembre 1791 indiqua la forme de l'autorisation. Lorsque les administrateurs avaient été suspendus par le roi, le Corps législatif, après avoir levé ou confirmé cette mesure, renvoyait, s'il y avait lieu, les administrateurs ou quelques-uns d'eux aux tribunaux criminels ou portait contre eux un décret d'accusation[1]. Une haute Cour formée de membres du tribunal de cassation et de hauts jurés devait connaître des délits des ministres et principaux agents du pouvoir exécutif[2].

Le décret des 19-29 floréal an II, relatif à la compétence du tribunal révolutionnaire de Paris et des tribunaux criminels de France contenait diverses dispositions sur la poursuite des fonctionnaires publics. Elles furent rapportées par un décret du 17 germinal an III qui replaça les agents du gouvernement sous l'empire du droit commun. Il n'y avait d'exception que pour les membres des commissions exécutives qui ne pouvaient être jugés que par les tribunaux criminels du département de Paris et seulement après que leur arrestation aurait été approuvée par le comité sous la surveillance duquel étaient placées ces commissions.

La Constitution du 5 fructidor an III régla la marche des accusations admises par le Corps législatif, soit contre ses

[1] Chap. IV, sect. 2, art. 8.
[2] Tit. III, ch. II, sect. 4, art. 8.

Digitized by Google

propres membres, soit contre ceux du Directoire ou contre les juges pour forfaiture, et énonça dans la déclaration des droits (art. 22) que la garantie sociale ne peut exister si la division des pouvoirs n'est pas établie, si leurs limites ne sont pas fixées et si *la responsabilité des fonctionnaires publics* n'est pas assurée; mais revenant bientôt en arrière du décret précité, elle répétait l'interdiction faite au pouvoir judiciaire « *de citer les administrateurs* » (art. 203), réservait au Directoire le droit de suspendre ou de destituer les administrateurs soit de département, soit de canton et de *les renvoyer devant les tribunaux de département* s'il y avait lieu (art. 196).

Enfin le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV contenait diverses dispositions touchant les formes dans lesquelles il y avait lieu d'exercer les poursuites contre les magistrats et officiers de police judiciaire.

Dans cette législation qui précède la Constitution du 22 frimaire an VIII, et que l'on peut appeler législation intermédiaire, le mode de poursuite des fonctionnaires est aussi mobile que l'époque qu'elle représente. Son caractère le plus remarquable, c'est le pouvoir arbitraire conféré à l'administration. Le juge local est dépouillé du droit de procéder à l'information préliminaire qui permettait autrefois de constater au moins si les faits imputés à l'agent étaient relatifs à ses fonctions. L'administration seule devient juge des plaintes en vertu d'une sorte d'évocation générale, obligatoire, et par cela même bien plus périlleuse pour les parties lésées que l'évocation du Conseil du roi. Il y aurait eu peut-être un palliatif à cet état de choses sous la Constitution de 1791, en supposant qu'elle eût été exécutée, dans le contrôle électoral qui devait s'exercer tous les quatre ans sur les administrateurs de district, si le suffrage électoral à deux degrés eût été une garantie de la moralité et de l'indépendance des administrateurs et des juges élus. Mais l'histoire des temps révolutionnaires a jeté sur les excès les fonctionnaires issus du suffrage des citoyens actifs de si désolantes clartés, qu'il est inutile de chercher à démontrer comment des agents, uniquement attentifs à flatter la foule dont ils relevaient, ne se pouvaient guider que d'après les caprices et les folies d'une démagogie en délire.

Un correctif plus caractérisé, en théorie du moins, que les législateurs de 1791 se crurent obligés d'apporter à l'invio-

Digitized by Google

labilité des fonctionnaires publics, aurait été dans la sauvegarde de la liberté individuelle. Le souvenir des lettres de cachet inspira, en effet, à l'Assemblée constituante les dispositions du Code pénal qui élevaient à la hauteur d'un attentat à la Constitution même tout attentat à la liberté individuelle[1]. L'ensemble des mesures énergiques édictées pour prévenir les arrestations illégales trouvait sa sanction dans le droit accordé à chaque citoyen, sans autorisation préalable, de faire poursuivre, même criminellement, le fonctionnaire ou le magistrat qui s'était rendu coupable ou complice d'un semblable attentat. Cette sauvegarde semble n'avoir fait qu'une fugitive apparition dans nos lois, comme une protestation au nom des droits imprescriptibles de l'humanité contre les saturnales révolutionnaires qui ont mis au front de la France une tache indélébile. Par une ironie cruelle du sort, l'inviolabilité de la liberté individuelle ne fut jamais mieux protégée par des dispositions légales que dans ces temps néfastes où la liberté ne laissa d'autres droits à nos pères que celui de périr par la hache du bourreau ou des égorgeurs. C'était le temps où Billaud-Varennes, substitut du procureur de la Commune, venait à l'Abbaye encourager la cohorte des Maillard et des Jourdan Coupe-Tête. Il suffit de rappeler cet épisode de la Terreur pour apprécier le rôle des magistrats et l'inanité des lois écrites à cette époque. La nuit tombait, les septembriseurs, las de leur besogne, s'étaient assis sur les cadavres des Suisses, le vin ruisselait avec le sang; le magistrat arriva au milieu de cette pause et leur dit : « Respectables sans-culottes, vous venez d'égorger des scélérats, vous avez sauvé la patrie; la France entière vous doit une reconnaissance éternelle, la municipalité ne sait comment s'acquitter envers vous. Sans doute le butin et la dépouille de ces aristocrates appartiennent à ceux qui nous en ont délivrés; mais, sans croire pour cela vous récompenser, je suis chargé de vous offrir à chacun vingt-quatre livres qui vous seront payés sur-le-champ. Respectables sans-culottes, continuez votre ouvrage, et la patrie vous devra de nouveaux hommages![2] »

[1] C. du 25 septembre 1791, 2e part., tit. I, sect. 3, art. 19, 20, 21; Constit. du 14 septembre 1791, art. 26.

[2] Christian, *Hist. de la Terreur*, t. I, p. 381.

Digitized by Google

Les protections relatives à la liberté individuelle furent supprimées de nos lois après l'an VIII. Le décret du 19 septembre 1871 les y aura-t-il indirectement rétablies en faisant sortir à effet celles qui la protégent actuellement? C'est ce que nous apprécierons ultérieurement.

IV

L'article 75 de la Constitution de l'an VIII était ainsi conçu : « Les agents du gouvernement, autre que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une autorisation du Conseil d'État; en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires. »

Cette Constitution porta l'empreinte du génie despotique auquel il était réservé de relever de ces ruines, en l'exagérant, le principe d'autorité. Le système de protection qu'elle consacrait à l'égard des fonctionnaires ressemblait fort à celui des Constitutions de l'Empire romain et de la monarchie absolue. Il avait l'avantage de simplifier la législation si confuse du droit intermédiaire. Si la pensée du premier consul d'organiser une administration compacte et puissante, dont il concentrerait entre ses mains toutes les forces, ne résultaît pas de tous ses actes, on en trouverait assurément la révélation dans l'inviolabilité indéfinie octroyée à ses agents et dans la désignation d'une autorité unique, le Conseil d'État, pour les protéger tous.

Mais bientôt il fallut encore exagérer ce système, parce que le fardeau devenait trop lourd pour le Conseil d'État. Les administrations publiques furent investies du pouvoir d'autoriser les poursuites[1], ce qui était une analogie de

[1] Arrêté du 9 pluviôse an X, administration de l'enregistrement et des domaines;

Arrêté du 29 thermidor an XI, administration des douanes;

Arrêté du 9 pluviôse an X, administration des postes;

Arrêté du 28 pluviôse an XI et ordonnance du 1er août 1827, administration des eaux et forêts;

Arrêté du 10 thermidor an XI, administration des monnaies;

Arrêté du 10 floréal an X, au préfet pour les percepteurs des contributions;

Arrêté du 13 brumaire an V et ordonnance du 18 septembre 1820, administration de la guerre;

Cass., 2 septembre 1842, B. n° 225;

Cass., 26 novembre 1842, B. n° 308;

Cass., 29 août 1846, B. n° 226.

Digitized by Google

plus avec l'ancien régime et une garantie de moins pour les citoyens. Mieux valait, en effet, l'impartialité relative d'une juridiction unique tenant la balance à peu près égale entre toutes les administrations que la solidarité peu rassurante pour les justiciables des membres de la même administration.

Chaque mot de l'article 75, ainsi que le constate M. le conseiller Poitou dans son livre remarquable ayant pour titre : *la Liberté civile et le pouvoir administratif en France*, auquel nous faisons de nombreux emprunts, contient une aggravation des conditions antérieures de la garantie constitutionnelle. Désormais le Conseil d'État élevait un bouclier non-seulement au-devant des administrateurs de la Commune, du district et du département, mais de tous les agents du gouvernement, ces mots étant entendus, non dans le sens d'une délégation de l'action gouvernementale, comme le demandait Merlin, mais dans celui d'une délégation d'une portion quelconque de l'autorité publique. C'est la dernière limite à laquelle la Cour de cassation aboutit dans son arrêt du 7 mai 1846 [1] après avoir graduellement agrandi le cercle de son interprétation [2]. A l'aide d'une expression élastique progressivement étendue, on était parvenu à ressusciter le privilége de l'ancien régime au profit des employés de toutes les administrations publiques.

En outre, la sauvegarde du Conseil d'État ne s'étendit plus seulement aux *délits d'administration*, mais aux *faits relatifs aux fonctions*. Cette expression sans précision allait égarer les interprétes et leur faire protéger moins l'acte du fonctionnaire que sa personne. La jurisprudence couvrit en effet d'abord les actes qui constituent *soit une application, soit un abus de l'autorité* départie à l'agent, ensuite tous ceux que l'agent commettait *au cours et à l'occasion* de la fonction. Si étranger que fût à la fonction l'acte criminel il suffisait que celui-ci eût pu servir ou aider à le commettre pour que ce lien fît naitre en faveur de l'agent un privilége. Il semble que la perversité d'un fonctionnaire qui fait servir l'autorité qui lui est déléguée de moyen et d'instrument à la perpétration d'un crime privé doive paraître plus odieuse et mé-

[1] B. n° 114 et Crim. rej., 23 mars 1861 ; D. p., 61, 5, 241.

[2] 26 décembre 1807, B. n° 271 ; 23 juin 1831, B. n° 143 ; 3 mars 1838, B. n° 149.

Digitized by Google

riter une répression plus exemplaire et plus sûre. Cependant nous n'exagérerons pas en répétant après d'autres que les décisions arbitraires des administrations publiques et du Conseil d'État furent quelquefois un fatal encouragement pour les coupables.

Le système d'interprétation extensive employé soit par l'autorité judicaire, soit par le Conseil d'État quant à la qualité de l'agent et à la relation des faits incriminés avec la fonction avait trop flatté les tendances des divers gouvernements pour que le Conseil d'État n'exagérât pas ses attributions quant à la preuve même du crime. Chose inouïe, au lieu de se borner à déclarer que le fait incriminé constituait ou ne constituait pas un exercice régulier de la fonction, ce corps en arriva à usurper la juridiction des chambres d'accusation. Il recherchait : si le fait était suffisamment justifié par l'information; la qualification légale qu'il fallait lui attribuer; les causes qui éteignaient l'action publique, telles qne la prescription, la chose jugée, l'amnistie; les excuses qui l'atténuaient ou l'innocentaient, la provocation ou la légitime défense. Puis, non content d'avoir usurpé les droits de la chambre d'accusation, il se substitua aux juridictions criminelles elles-mêmes en déclarant que le délit ou le crime, bien que prouvé, était suffisamment réprimé par une peine disciplinaire. Ainsi furent traités des actes d'arrestation et de détention arbitraire (Cons. d'État, 18 mars 1818). Enfin, prenant la place des tribunaux civils, il déclara si le fait avait ou non occasionné un préjudice et paralysa ainsi à son gré l'action civile, voire même des actions en revendication de propriété, aussi bien que l'action criminelle. C'était bien là la garantie *personnelle* jointe à la garantie administrative, c'est-à-dire une déviation complète du but que devait pour suivre la garantie administrative.

Or ces décisions, qui pouvaient avoir pour résultat d'ensevelir dans l'oubli et de couvrir de l'impunité des attentats à la vie, à l'honneur, à la liberté, à la propriété des citoyens, étaient rendues, non dans la forme contentieuse, mais dans la forme administrative, c'est-à-dire à huis clos, sans contradiction, parce que la raison d'État, l'intérêt public, l'honneur des fonctionnaires ne peuvent être soutenus que dans l'ombre et le secret, là où l'omnipotence et l'arbitraire peuvent se développer à l'aise. Les membres du Conseil

Digitized by Google

d'État étaient assimilés à des jurés et comme eux ne relevaient que de leur conscience, avec cette différence essentielle qu'ils n'avaient pour contradicteurs et pour témoins ni les avocats ni l'opinion publique. PAUL BERNARD.

(*La suite à une autre livraison.*)

DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES PROPRIÉTAIRES DE NAVIRES.

(Art. 1384 du Code civil et 216 du Code de commerce.)

Par M. A. REGNAULT, juge au tribunal civil de la Rochelle.

§ Ier.

Parmi les questions nombreuses et variées soumises à l'examen des tribunaux, parfois il s'en présente qui touchent à des intérêts de l'ordre le plus élevé et qui, à ce titre, sont dignes d'être l'objet d'une étude approfondie. Au premier rang de ces importantes questions on peut citer notamment tout ce qui a trait à la marine marchande, à la prospérité de notre commerce maritime. La marine de commerce, avec son personnel de marins de toutes sortes, matelots, pêcheurs, n'est-elle pas, en effet, la pépinière naturelle de la marine militaire? « La marine marchande, dit M. Dalloz (*Organisation maritime*, n° 390), n'est à proprement parler qu'un vaste service de transports. Mais ces transports sont si considérables, le commerce par mer de denrées, soit produites par les pays voisins, soit venant des parties les plus reculées du monde, a pris, depuis Colbert et continue de prendre tous les jours une telle extension, qu'une simple industrie de transports a toute l'importance d'un service public considérable. » Colbert, pour recruter la flotte, créa l'inscription maritime, ou le système des classes qui assujettit la population maritime de nos côtes, en retour de certains avantages, à fournir les recrues nécessaires aux équipages de nos vaisseaux. On connaît toute la sollicitude de ce grand ministre pour l'industrie des transports par mer. « Le commerce par mer, écrivait-il, le 21 mars 1669, à Arnauld de Pomponne, ambassadeur à la Haye, se fait en Europe par 25,000 vaisseaux environ. Dans l'ordre naturel, chaque nation doit en posséder sa part, suivant sa puissance, sa population

Digitized by Google

et l'étendue de ses côtes; mais les Hollandais en ayant 15 à 16,000, et les Français 5 à 600 au plus, le roi emploiera toutes sortes de moyens pour s'approcher un peu plus du nombre de vaisseaux que ses sujets doivent avoir. » Par ses soins notre marine marchande, protégée et stimulée, prit un grand développement. Afin de disputer aux Anglais et aux Hollandais l'empire des mers, il substitua des associations privilégiées aux efforts isolés des individus, obligea les princes du sang, les seigneurs, à s'y intéresser, fit déclarer par un édit, en 1669, que le commerce de mer ne dérogeait pas à la noblesse.

Aujourd'hui, quelle est la situation de notre marine marchande? Elle est fortement menacée[1]. On peut s'en convaincre par la lettre suivante adressée à M. le ministre de l'agriculture et du commerce : « Paris, 25 mars 1876. Monsieur le ministre, la situation de *plus en plus menacée de la marine marchande*, rapprochée de la prochaine expiration des traités de commerce et de navigation, nous impose l'obligation de vous rappeler l'*état de vives souffrances de notre industrie, et l'abandon dans lequel on persiste à la laisser. Le gouvernement ne saurait cependant se désintéresser plus longtemps dans une question aussi grave pour l'existence de notre commerce maritime que pour la grandeur de notre marine militaire.* L'Assemblée nationale n'*avait aboli les surtaxes de pavillon* qu'en reconnaissant la *détresse de notre marine* et la *nécessité* de la secourir : à ce moment elle a déclaré qu'une commission étudierait ses besoins et rechercherait les moyens d'assurer sa prospérité. Vous savez, Monsieur le ministre, que cette grande commission, formée en vertu de la loi votée par l'Assemblée

[1] « Les choses en sont arrivées à ce point, dit le comité nantais de la marine marchande, séance du 27 mars 1876, qu'on peut dire, sans être taxé d'exagération, que c'est l'existence même de notre marine qui est en jeu. » Les feuilles publiques poussent des cris d'alarme : « En effet, que voyons-nous? — Nos chantiers de construction de plus en plus déserts; — Nos armements décroître dans une proportion étonnante; — Nos ports vides de longs courriers et de caboteurs; — Nos grandes lignes maritimes, à quelques exceptions près, exploitées par des pavillons étrangers; — Notre commerce s'approvisionnant aux entrepôts des autres nations, au lieu de recevoir directement. » (*Journal des Charentes*, 16 avril 1876.) — V. deux articles du *Moniteur universel*, numéros des 10 et 16 avril 1876. — V. aussi sur l'importante question de la marine marchande un mémoire très-remarquable délibéré dans la séance publique du Congrès maritime du 7 juin 1876 (*Moniteur universel* du 22 juin 1876).

Digitized by Google

nationale, a travaillé pendant de longs mois; elle a examiné et délibéré sur toutes les questions et moyens indiqués dans l'enquête de 1870; son travail, déposé dans vos archives depuis près de deux ans, est complet, et le commerce maritime attend toujours la sanction des pouvoirs législatifs, sanction que nous vous supplions de hâter pendant qu'il en est temps encore. En mettant toute notre confiance dans votre sollicitude en faveur des grands intérêts qui sont entre vos mains, nous vous prions d'agréer, etc. Signé A. Petit Didier et Ce[1]. »

Notre intention n'est pas de rechercher tout ce qu'il y aurait lieu de faire pour le plus grand avantage de notre commerce maritime. Des questions de cette nature sortent du cercle étroit de nos travaux habituels, mais, nous plaçant uniquement sur le terrain du droit, nous nous proposons d'étudier une difficulté doctrinale qui a aussi son importance au point de vue de l'armement : nous voulons parler de la *responsabilité civile des propriétaires de navires.*

Loin de notre esprit la téméraire et folle pensée de vouloir porter une main osée sur des règles universellement admises, sur des principes reconnus par tous. Non, assurément; il ne s'agit pas pour nous, dans ce travail, de critiquer ce que tout le monde admet comme sage et juste, mais bien uniquement, portant nos investigations sur un point de notre

[1] *Moniteur universel,* mars 1876.

« Nos armements sont loin de représenter sur les mers l'importance qu'a prise partout notre commerce. Le mouvement de nos échanges a doublé depuis 1860 et triplé depuis 1848, sans que nous comptions beaucoup plus de navires et sans que le tonnage total de ces navires ait gagné de capacité. En 1859, voiliers et vapeurs réunis, et non compris les bateaux de la pêche cotière, nous possédions 15,032 bâtiments jaugeant 1,025,942 tonnes. L'effectif de la flotte de commerce, en 1874, a été de 15,524 bâtiments et de 1,037,272 tonneaux de jauge. On voit par ces chiffres que durant la période de quinze ans qui commence avec les traités de commerce, et qui nous a valu une si large extension de nos opérations de change, l'immobilité a été presque absolue pour la marine marchande. Si nous avons quelques navires de plus, c'est aux dépens de la capacité de l'ensemble. En 1874, sur 30,234 entrées de navires chargés et un jaugeage de 7,602,380 tonneaux, nous avons compté 10,137 entrées de navires français et 2,540,651 tonneaux. — Sur 23,829 sorties, représentant 5.499,019 tonneaux, notre part a été de 9,154 bâtiments en mouvement, et 2,274,568 tonnes. » (*Moniteur* du 10 avril 1876.) — Ces chiffres indiquent que nos transports maritimes s'effectuent pour la plus grande partie par des navires étrangers.

Digitized by Google

législation commerciale maritime, de rechercher la pensée inspiratrice du législateur, voir le but qu'il a poursuivi, — de savoir si les règles posées du temps de Louis XIV sont bien encore celles qui doivent aujourd'hui nous régir.

Depuis la fameuse ordonnance sur la marine du grand roi, aussi bien que depuis la promulgation du Code de commerce, la science a fait des progrès qui ont modifié complétement nos habitudes, nos besoins, nos relations. Tout change, tout se transforme autour de nous. La législation, quelle qu'elle soit, civile, commerciale ou criminelle, est obligée de suivre les évolutions qui s'opèrent dans la vie sociale, de se conformer à l'état des mœurs, au progrès de la civilisation; autrement, ne répondant plus aux nécessités de chaque jour, elle serait une cause de trouble et de désordre au lieu d'en être une de tranquillité et de paix. « Il n'en est pas des lois commerciales, disait M. Dalloz, dans un savant rapport auquel nous ferons de nombreux emprunts, comme des lois civiles qui règlent les rapports de la famille, la dévolution des biens et les conditions des contrats. Celles-ci ont un caractère en quelque sorte immuable, parce qu'elles ont pour objet des rapports qui ne changent point. Mais les lois commerciales empruntent nécessairement quelque chose de la mobilité des intérêts qu'elles doivent régir : faites pour protéger les droits et favoriser les besoins de l'industrie et du commerce, elles manqueraient à leur mission si elles n'en suivaient pas fidèlement les progrès. Le pouvoir législatif a successivement, et à des époques récentes, modifié les dispositions du Code de commerce, relativement aux lettres de change, aux faillites, à l'organisation et à la compétence des tribunaux de commerce. Personne n'a blâmé ces modifications qui ont apporté des améliorations réelles à notre législation commerciale[1]. »

A une époque plus rapprochée de nous, le Corps législatif supprimait la contrainte par corps en matière commerciale et civile (loi du 22 juillet 1867). « C'était, disait-on à l'appui du projet de loi, une mesure dont l'efficacité est plutôt illusoire que réelle. On ne peut la défendre qu'en in-

[1] Rapport fait par M. Dalloz sur le projet de loi portant modification des articles 216, 234 et 298 du Code de commerce. (V. Dalloz, *Droit maritime*, loi du 14 juin 1841.)

Digitized by Google

voquant de vieux systèmes d'intimidation, bannis par les publicistes modernes.» La suppression de cette mesure longtemps pratiquée présentait pourtant de graves inconvénients : elle laissait les commerçants honnêtes à la merci de gens sans aveu, sans conscience et sans foi, assez habiles pour échapper au Code pénal, mais bornant là toute leur honnêteté. La confiance nécessaire aux opérations commerciales pouvait en être sérieusement atteinte. A cette époque, on voulait faire acte de libéralisme; cela semblait être d'une bonne politique; et l'on s'écriait avec une sorte d'enthousiasme : « Mettons un terme à tant de douleurs inutiles; ne conservons pas plus longtemps cette dernière trace des rigueurs et du matérialisme de la loi des Douze Tables. Ne permettons plus que la liberté, la dignité des hommes soient sacrifiées sans scrupule à la plus faible créance. Fille dégénérée de l'esclavage antique, la captivité pour dettes, condamnée comme lui par nos intérêts, par nos mœurs, par la religion, par nos consciences, doit disparaître à son tour de nos lois [1]. »

Sans doute nous partageons ces sentiments élevés; mais le spéculateur déhonté qui édifie une fortune scandaleuse sur la ruine d'autrui... pour celui-là, nous trouvons qu'il est peut-être imprudent de laisser le champ libre à l'exercice de son industrie coupable...

Quoi qu'il en soit, serait-il donc trop hardi d'avancer que dans le vaste arsenal de nos lois il y a telle matière sur laquelle ont moins porté les efforts de nos jurisconsultes, tels points de doctrine qui ne satisfont plus complétement la raison? — Notre législation, et surtout notre législation commerciale maritime, n'est pas une œuvre immuable, ainsi que le fait remarquer M. Dalloz. Comme tout ce qui sort des mains de l'homme, elle est nécessairement imparfaite et, par conséquent, essentiellement perfectible. Chaque jour doit y apporter quelques changements, réclamés par nos besoins qui augmentent; nos affaires commerciales, qui se développent et s'étendent, vont toujours, grâce au ciel, se multipliant.

Le génie de l'homme a vaincu la matière; il s'est rendu maître des éléments. Pour lui, plus d'obstacles, plus de dis-

[1] V. exposé des motifs fait au Corps législatif, séance du 22 juillet 1867.

Digitized by Google

tances. Les montagnes s'abaissent devant lui, les mers se joignent. La pensée se transmet d'un monde à l'autre avec la vitesse de l'éclair. Nos bateaux à vapeur, sillonnant les mers, vont porter sur les rivages les plus lointains le fruit de notre industrie, le surplus de nos richesses, et nous apportent en échange les produits que la nature ne nous a pas départis. Ce sont là les progrès mêmes de la civilisation, que le législateur doit s'appliquer à suivre. Mais le législateur ne peut tout prévoir, tout réglementer. Il pose des règles générales qui protégent la liberté, assurent la sécurité des personnes, gouvernent la famille, garantissent la propriété. Ces règles sont les assises de la société, le roc sur lequel nos Codes ont été élevés. L'œuvre du jurisconsulte est encore assez vaste, assez grande; car il lui appartient, les principes posés, d'en déduire les conséquences. Ce travail, auquel chacun apporte et sa connaissance plus ou moins profonde des lois, et la rectitude de son jugement, n'est pas sans difficultés. Ce qui le prouve, ce sont les errements de la jurisprudence, les controverses des auteurs.

La législation civile a été bien souvent explorée; tout semble avoir été dit sur les matières dont elle s'occupe. Et cependant M. Demolombe, après beaucoup de savants professeurs, de juristes distingués, de publicistes du plus grand mérite, a trouvé dans nos lois une mine féconde où sa vaste et belle intelligence a su s'ouvrir des trésors inconnus. Devant lui, l'horizon s'est agrandi, le regard a porté plus loin. Les objets ont nettement apparu à l'œil. Sur tout ce qu'il a touché, la lumière s'est faite. L'esprit et la raison, également satisfaits, se sont complus, guidés par lui, dans l'étude de nos lois civiles. Tel est le propre de l'homme de génie, non pas de créer, l'homme ne crée rien, mais de découvrir, dans l'ordre moral, aussi bien que dans l'ordre naturel, des rapports nouveaux, d'idée à d'idée ou d'objet à d'objet. Newton, Laplace, Cuvier, Descartes, Leibnitz ont, par un effort de génie, pénétré les lois mystérieuses de la Providence, et révélé à l'humanité reconnaissante l'ordre et l'harmonie qui règnent dans la nature. Ils ont, pour ainsi dire, soulevé le voile qui cachait à l'homme Dieu créateur; car le chaos et le néant ne peuvent rien produire, et le balancement harmonieux des mondes dans l'espace ne peut être un accident de la matière.

Digitized by Google

Les jurisconsultes ont fait à l'étude de nos lois civiles une large part dans leurs travaux. Il n'en a pas été de même pour notre droit commercial maritime. La législation maritime a peu varié depuis l'ordonnance de 1681... cette fameuse ordonnance rendue sous Louis le Grand, qui suffirait à elle seule, ont dit les contemporains, pour illustrer son règne. « La législation maritime, a dit M. Aldrick Caumont dans son *Dictionnaire universel de droit maritime*, n'a jamais éprouvé de versatilité. Telle encore, après plus de trente siècles, qu'on la vit au premier moment où les négociations ont commencé, elle est demeurée immuable au milieu des bouleversements de toutes les sociétés. Les rédacteurs du Code ont conservé les principes consacrés par l'ordonnance de 1681, en ne se permettant qu'un très-petit nombre de changements. A vrai dire, le Code actuel n'a été qu'une nouvelle rédaction de l'ordonnance, qui avait puisé aux sources fécondes des lois de tous les peuples maritimes. L'ordonnance de 1681, que le siècle de Louis XIV cite avec orgueil, a formé le droit commun des nations. *Mais ne serait-ce pas une honte d'avoir fait de nos jours tant de découvertes dans le monde de la nature, de souffrir en même temps que les limites du monde juridique fussent indéfiniment resserrées dans le cercle étroit de nos devanciers, sans s'inquiéter des sérieuses exigences des progrès maritimes?* »

Nous n'entendons point dire que le droit commercial maritime n'ait point été l'objet de savants écrits. Valin, Pothier, Émérigon, Boulay-Paty, nous ont laissé sur cette matière des ouvrages du plus grand mérite.

René-Josué Valin[1], avocat et procureur du roi au siége de la Rochelle, homme illustre et que la cité rochelaise compte avec un légitime orgueil au nombre de ses enfants, a fait un savant commentaire de l'ordonnance du mois d'août 1681. Boulay-Paty a dit de cet éminent jurisconsulte qu'il a rendu au public le même service que rendit au peuple

[1] René-Josué Valin, Rochelais, avocat, procureur du roi, de l'amirauté et de l'hôtel de ville, membre de l'Académie de sa patrie, se distingua par son savoir et sa probité; on a de lui : 1° un *Commentaire sur la coutume de la Rochelle*, 1768, imprimé en cette ville, 3 vol. in-4; 2° *l'Ordonnance de la marine* de 1681, 2 vol. in-4, 1760; 3° *Traité des prises*, 1763, 2 vol. in-8. Cet estimable écrivain mourut en 1765 (*Dictionnaire historique*). — V. préface du *Traité des assurances* d'Émérigon, suivi d'un vocabulaire par Boulay-Paty.

Digitized by Google

romain Cnéus Flavius, en divulguant les fastes et les formules.

Pothier (1699-1772), après avoir publié des traités sur tous les contrats et quasi-contrats, ajouta à ces ouvrages les contrats maritimes.

Émérigon (1725-1785), avocat au Parlement d'Aix et conseiller à l'amirauté de Marseille, peut-être plus versé que ces deux célèbres jurisconsultes dans la science du droit nautique, a écrit un commentaire sur l'ordonnance de 1681 et un traité des assurances et des contrats à la grosse.

Boulay-Paty (1763-1830), conseiller à la Cour de Rennes, rappé des difficultés nombreuses qui naissaie ntdes dispositions de notre Code de commerce, a intercalé dans le texte du traité d'Émérigon des conférences dans lesquelles il embrasse une grande partie de l'ordonnance maritime et discute une foule d'objets intéressant la navigation marchande et le commerce en général.

Depuis ces savants jurisconsultes, on compte le nombre des écrivains qui se sont livrés à l'étude approfondie des principes de notre législation commerciale maritime. Il semble que tout ait été dit sur cette partie de notre droit, et que l'ordonnance de 1681 soit le dernier terme de la science en cette matière. Et pourtant il s'agit là d'un intérêt de premier ordre, de l'intérêt de l'État lui-même, qui est attaché à la prospérité de notre commerce maritime. Qu'a-t-on besoin de rappeler les services rendus par nos hardis navigateurs, qui nous mettent en communication continue avec tous les pays du globe. De la Chine, ils nous apportent le thé, des tissus merveilleux; du Mexique, du Chili, du Pérou, le cacao; de l'Arabie, de l'île Bourbon, de la Martinique, le café; l'or des placers de la Californie et de l'Australie. Ils versent sur nos marchés le blé de la Nouvelle-Zélande, et ils transportent sur toutes les parties du monde les produits de notre sol et de notre industrie. « La navigation, a dit M. Aldrick Caumont[1], est le

[1] Cité *suprà*. — « L'influence d'un peuple dans le monde est en raison de sa puissance d'expansion au dehors; l'étranger compte avec les nations dont le pavillon flotte sur toutes les mers, et se retrouve dans tous les parages; — l'industrie, qu'il ne faut pas resserrer dans les étroites limites d'une frontière, demande des représentants sur tous les marchés d'outre-mer, — et elle ne peut pas avoir d'intermédiaires plus utiles que les capitaines et les armateurs, dont les entreprises hardies et le génie commer-

Digitized by Google

plus puissant élément de la prospérité commerciale des nations. » Mais la navigation au long cours, et surtout la navigation à vapeur, n'est possible qu'à la condition de trouver des capitalistes qui achètent un navire et chargent un armateur du soin de l'armer pour l'expédier à la mer, en le munissant de tout ce qui est nécessaire à la navigation. Les bateaux à vapeur représentent des sommes considérables. Ils peuvent être la propriété d'un seul ou de plusieurs. Les propriétaires de navires ou les armateurs ne peuvent eux-mêmes conduire leurs bâtiments. Il leur faut un capitaine, qui est le *mandataire légal* de l'armement. En mer, la fortune des propriétaires du navire et de la cargaison est tout entière aux mains du capitaine. « L'immense responsabilité qui pèse sur eux a engagé l'autorité publique à exiger d'eux une certaine garantie de capacité; » ainsi s'exprime M. Toussaint.[1] Qu'une collision entre deux navires, chose malheureusement trop fréquente chaque année, se produise; que dans ce choc l'un des navires disparaisse, entraînant avec lui passagers et gens d'équipage, le capitaine est responsable. Il est garant de ses fautes, *même légères*, dans l'exercice de ses fonctions (art. 221 C. com., 1382 C. civ.). Il est tenu *personnellement* à réparer le dommage éprouvé par son fait.—Les capitaines de navire sont peu fortunés; ils n'ont, le plus souvent, pour vivre que leur profession. La réparation pécuniaire que la loi permet d'exiger d'eux eût été presque toujours illusoire, si cette responsabilité eût existé seule. Le commerce maritime en aurait éprouvé peut-être une sérieuse atteinte. — Vous affrétez un navire en totalité ou par partie; vous le chargez d'eau-de-vie à destination du Brésil ou des États-Unis pour une somme de 10,000, 20,000 ou 30,000 francs. C'est donc une valeur représentant une somme de 10,000, 20,000 ou 30,000 francs que vous confiez à la surveillance, à la bonne foi du capitaine. Celui-ci vous donne, en échange, un papier appelé connaissement. Cet acte doit exprimer la nature et la quantité, ainsi que les espèces ou qualités des objets à transporter (art. 281 C. com.). Le connaissement représente aux mains de l'expéditeur la marchandise à laquelle il est relatif. Il peut être au

cial ont fondé autrefois la grandeur coloniale de la France. — Congrès de la marine marchande. Extrait du mémoire du 7 juin 1876, cité *suprà*.

[1] *Code-manuel des armateurs.*

Digitized by Google

porteur ou à vue. Celui auquel il est transmis est fondé à réclamer la remise des marchandises qui y sont mentionnées comme chargées.—Si le capitaine eût été seul engagé à raison de ses fautes, croit-on que le commerce maritime eût trouvé beaucoup d'expéditeurs, chargeurs qui auraient osé confier leur fortune à un homme dont ils n'auraient pu obtenir, en cas de sinistres ou pertes arrivées par son fait, aucun dédommagement?... Les contrats d'assurances auraient été insuffisants pour donner confiance au commerce. Le propriétaire de plusieurs navires est souvent son propre assureur, la perte d'un navire étant moins lourde pour lui que les polices d'assurances qu'il aurait à payer. L'assureur peut faire faillite. Enfin, si le dommage arrive par la faute volontaire du capitaine du navire assuré, l'assureur n'en répond pas (art. 253 C. com.). La loi a donc voulu sagement que le propriétaire du navire vînt lui-même répondre de l'étendue du dommage éprouvé.

Aux termes de l'article 216 du Code de commerce, il est *civilement responsable des faits* du capitaine. Le propriétaire est obligé *réellement*, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la valeur du navire. Cette responsabilité civile du propriétaire du navire eût été, en certains cas, effrayante et eût nui aux armements si la loi, toujours prévoyante, n'y eût apporté un tempérament. Par l'abandon du navire et du fret, le propriétaire est complétement déchargé de toute action en responsabilité. Il ne doit plus rien. S'il a assuré son navire et qu'il le délaisse aux assureurs, il touchera le montant de l'assurance convenue, à la charge par les assureurs de s'arranger avec ceux qui ont éprouvé des dommages. Ainsi le veut la loi, ainsi l'a décidé la jurisprudence. Sur ce point, il ne saurait y avoir de difficultés. Les tiers qui ont contracté avec le capitaine, mandataire de l'armateur ou du propriétaire du navire ont pu, en effet, par l'examen du navire, de sa cargaison, par la connaissance prise de l'importance du fret, apprécier la valeur des objets qu'ils avaient pour garantie. L'objet affecté en gage est sujet à bien des appréciations, bien des avaries; ce sont là les accidents de la fortune de mer, accidents dont tous ceux qui font des affaires avec le capitaine auront à tenir compte dans leurs calculs des probabilités.

« Les tiers qui peuvent avoir accordé un crédit au capitaine

Digitized by Google

sont de trois classes : les créanciers pour travaux et fournitures faits au navire, ceux qui ont prêté sur lettre de change ou simples billets, et ceux qui ont prêté à la grosse sur le navire. On peut dire que les tiers qui engagent ainsi leur travail, leurs fournitures ou leur argent à un capitaine qui n'est porteur d'aucun mandat spécial, ne prêtent qu'eu égard à *la valeur du navire*, sur lequel ils acquièrent un privilége, et non en considération de la fortune de l'armateur, qui leur est le plus souvent inconnue. Si, plus tard, et par suite de la dépréciation du navire, les créanciers deviennent victimes d'un crédit trop facilement accordé à un gage insuffisant, *ils ne peuvent reprocher qu'à eux-mêmes le résultat de leur imprudence*[1]. »

Mais supposons que le capitaine commette un délit, un crime, le propriétaire du navire sera-t-il *responsable* des faits de son capitaine? Il ne s'agit plus, nous le supposons du moins, d'un fait se rattachant à l'accomplissement du mandat commercial donné par le propriétaire ou l'armateur au capitaine, mais d'un dommage causé par ce dernier dans l'exercice de ses fonctions de *commandant du navire*. L'armateur encourt-il une responsabilité civile quelconque à l'occasion de ce dommage?...

Une rencontre a lieu entre deux navires. L'un de ces deux navires s'ouvre en deux par suite du choc, et les malheureux qui le montaient sont engloutis dans les flots. L'armateur sera-t-il responsable de la faute, négligence ou impéritie de son capitaine, faute qui a été la cause de ce déplorable événement?

La réponse à ces questions se trouve, dit-on, dans les articles 1384 du Code civil et 216 du Code de commerce. L'armateur doit être déclaré responsable aux termes de ces deux articles de loi. Il sera tenu d'indemniser toutes les personnes qui ont souffert par le fait ou la faute de l'homme qu'il a préposé à la conduite de son navire.

Certainement cette réponse est parfaite si l'on regarde le capitaine comme *un mandataire ordinaire*. Mais que si on le considère comme un *mandataire légal*, un *mandataire imposé*, un mandataire que l'armateur n'a *pas été libre de choisir*, sur lequel, en mer, il n'a *aucun pouvoir*, qu'il ne peut ni *sur-*

[1] Dalloz, *Droit maritime*.

Digitized by Google

veiller ni *diriger*, alors nous croyons pouvoir dire : Non, le propriétaire n'est pas responsable.

En effet, la loi civile (art. 1384) suppose une *faute commise* ou présumée, ainsi que nous espérons pouvoir le démontrer. *L'élément constitutif* de cette disposition législative, c'est la *faute commise ou présumée*. S'il n'y a pas faute ou présomption de faute dans le choix ou la surveillance, il n'y a pas lieu à responsabilité civile.

En est-il autrement pour la loi commerciale? Tout d'abord, il est bon de remarquer que le Code de commerce n'a à s'occuper que de faits commerciaux. La législation commerciale est une législation spéciale, dont les dispositions ne sauraient s'étendre à des actes qui ne relèvent que du droit civil. On ne peut à sa volonté, sans méconnaître l'esprit de nos lois, un fait s'étant produit, lui appliquer indifféremment la loi commerciale ou la loi civile.

Aux faits commerciaux s'applique la loi commerciale, aux faits purement civils les dispositions du droit commun. Ces derniers sont appréciés d'après certaines règles fixes que les tribunaux doivent suivre. Quel est le fait reproché au capitaine, fait à raison duquel on prétend que le propriétaire est *civilement* responsable? Il s'agit, nous l'avons dit, d'un acte délictueux quelconque, crime ou délit, ou d'un acte de négligence ou d'impéritie.

Ces faits rendent les capitaines justiciables des tribunaux criminels, civils ou commerciaux, suivant qu'on les envisage, comme ayant porté atteinte à l'ordre général ou à un intérêt privé.

Le propriétaire de navire, comme *civilement responsable*, ne peut être actionné que devant la juridiction civile. La cause de l'action, c'est sans doute qu'il est l'auteur indirect de l'événement arrivé. Il y a à sa charge ce qu'on appelle un quasi-délit.

Or, que va-t-il se passer devant la juridiction civile, si l'on reconnaît que le capitaine n'est pas un mandataire ordinaire, que la situation de l'armateur n'a aucun rapport avec celle du commettant dont parle l'article 1384 du Code civil? — Pourra-t-on condamner le propriétaire du navire comme civilement responsable des faits de son capitaine? — En vertu de quel texte de loi? — Des articles 1382 et suivants du Code civil? — Non, ces articles veulent une faute ou une présomption de faute.

Digitized by Google

Pour entrer en condamnation, c'est à la loi commerciale (art. 216 C. com.) qu'on sera obligé d'avoir recours. Mais alors, nous le demandons, la juridiction civile, pour laquelle (art. 1382 et suiv.) il n'y a pas de responsabilité sans faute, pourra-t-elle cependant, à raison d'un fait qui relève du droit civil, déclarer, par application d'un texte du Code de commerce, que la responsabilité est encourue par celui-là même qui n'a rien à se reprocher?... Cela nous paraît inadmissible.

L'indemnité que l'on demande aux tribunaux de droit commun est la réparation d'un tort résultant d'une faute directe ou indirecte. Celui qui n'a commis aucune faute n'est tenu à aucun dédommagement.

La loi commerciale (art. 216) nous présente ceci de particulier, c'est qu'en même temps qu'elle déclare le propriétaire de navire engagé par les faits de son capitaine, elle offre à ce propriétaire un moyen facile de se soustraire à l'obligation de réparer qui lui incombe.

Le propriétaire de navire a en effet la faculté de se libérer par l'abandon de son navire, après avoir touché le montant de son assurance[1]. Pour justifier cette faculté, on dit : Le propriétaire de navire qui fait assurer son vaisseau prélève, chaque année, sur ses profits, une somme d'argent représentant le prix des risques qu'il paye aux assureurs. C'est une épargne qu'il met de côté, et à l'aide de laquelle il couvre son navire contre les périls de la mer. Les créanciers du navire sont étrangers aux primes payées par l'armateur dans les voyages heureusement accomplis ; ils doivent ignorer s'il y a eu assurance. Ils n'ont donc rien à prétendre dans l'indemnité que le propriétaire du navire aura à recevoir de ses assureurs[2].

Par l'abandon de son navire ou de *ses débris*, l'armateur se libère. — Eh quoi ! que devient alors le droit des parents des naufragés?

[1] « Il y a une chose particulière aux propriétaires de navires, dit Pothier (*Charte partie*, n° 51, et *Traité des oblig.*, n° 451). Tous les autres commettants sont tenus indéfiniment de toutes les obligations de leurs préposés ; au lieu que les propriétaires de navires ne sont tenus des obligations du maître que jusqu'à concurrence de l'intérêt qu'ils ont au navire. »

[2] Aldrick, Caumont, *Dict. univ. du droit maritime*, p. 26, n° 19.

Digitized by Google

N'est-il pas véritablement étrange de dire à un propriétaire de navire : « Vous devez payer, la loi et la morale vous y obligent, » et d'ajouter : « Vous pouvez, si vous le voulez, ne rien payer du tout. Abandonnez votre navire,—il est perdu,— peu importe ; les parents des malheureuses victimes s'arrangeront comme ils le pourront. Vous, propriétaire, vous ne perdrez rien, et les ayants droit à une réparation n'auront que des épaves sans valeur, ou un navire coulé au fond des flots. » — Une telle réponse est-elle sérieuse? — est-elle morale? — Est-il honnête de dire : « Je vous dois, je le reconnais. — Eh bien ! je me libère en ne vous donnant rien[1]. »

Comme on le voit par l'exposé qui précède, l'examen de la question de la responsabilité civile des propriétaires de navires de commerce est complexe. Notre étude portera sur les divers points suivants.

— Quand y a-t-il lieu à responsabilité civile (art. 1382 et suiv. C. civ.)?

— Quelle est la nature du mandat des capitaines de navires de commerce? — Doit-on considérer l'armateur comme un commettant ordinaire? — Dans le cas de la négative, l'article 1384 du Code civil ne saurait lui être appliqué.

— Quelle est la portée de l'article 216 du Code de commerce?

— N'est-il pas opportun de provoquer en cette matière une révision du texte de la loi?

§ II.

Une action en dommages-intérêts a été introduite récemment devant notre tribunal, à la suite d'une collision survenue entre deux bateaux de pêche, *le Rochelais* et *le Normand*, appartenant à MM. Faustin et d'Orbigny, armateurs à la Rochelle.

Dans la nuit du 10 au 11 février 1875, sur les deux heures du matin, dans les parages de la pêche, ces deux navires s'abordèrent. *Le Normand* coula; cinq hommes de l'équipage disparurent dans les flots et trouvèrent la mort dans ce déplorable événement. La veuve d'un des marins, prétendant

[1] Cet abandon, dit Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. II, n° 663, peut incontestablement avoir pour résultat d'annihiler entièrement les droits des créanciers, si le navire périt ultérieurement, ou si le sauvetage des débris ne produit pas de quoi les payer intégralement.

Digitized by Google

que l'abordage était le fait du capitaine, demanda aux armateurs[1], comme *civilement responsables des faits de leur capitaine*, une somme de 30,000 francs pour l'indemniser de la perte que cette rencontre lui avait fait éprouver. Le tribunal accueillit cette demande, et la Cour de Poitiers après lui.

Il est inutile de rappeler tous les sinistres du même genre qui ont eu lieu dans ces dernières années. C'est le *Schiller*, navire appartenant à une compagnie hambourgeoise, faisant le service de Hambourg à New-York, d'une capacité de 3,500 tonneaux, ayant à bord 350 passagers, qui, dans la soirée du 7 mars 1875, à dix heures et demie, sombrait sur les rochers de Sainte-Marie, dans les Sorlingues. Quarante-deux personnes seulement ont été sauvées. Le capitaine, lisait-on dans les journaux qui relataient ce désastre, aurait commis une faute. — Un peu plus tard, le 4 septembre 1875, l'*Alberta*, yacht de la reine d'Angleterre, coulait le *Mistloë*, goëlette de plaisance appartenant à M. Neyood, banquier à Manchester; trois personnes furent noyées.

En remontant un peu plus loin, en 1869, dans la nuit du 16 au 17 février, l'aviso de l'État, *le Latouche-Tréville*, faisant la traversée de Toulon à Nice, abordait en mer un paquebot à vapeur, *le Prince-Pierre*, chargé du service entre la Corse et le continent. La collision fut terrible. *Le Prince-Pierre*, coupé en deux, coula presque immédiatement, et treize personnes périrent dans les flots. — Dans la nuit du 21 au 22 novembre 1873, le *Loch-Earn*, navire anglais, enfonçait son étrave dans les flancs du navire français, *la Ville-du-Havre*. Cette épouvantable catastrophe, lisait-on, à cette époque, dans les journaux de Paris, dans laquelle 226 personnes ont trouvé la mort, a causé dans Paris une émotion profonde.—Tout dernièrement, le 17 février dernier, une collision a eu lieu près de Douvres, entre le steamer *Franconia*, de la compagnie hambourgeoise-américaine et le steamer *Stratkelyde*, de Glascow: ce dernier navire a coulé bas, et cinquante-deux personnes ont été noyées.

La liste serait longue de tous les navires qui ont sombré

[1] Les armateurs étaient propriétaires des deux navires. — Quand nous parlerons de l'armateur, nous le considérerons toujours comme propriétaire du navire.

Digitized by Google

par suite de collisions, entraînant avec eux dans les flots bien des existences humaines[1]. Il est inutile de les rappeler tous.

Nous dirons seulement que la responsabilité du capitaine doit être entière, absolue, parce qu'il a charge d'âmes, parce qu'il a le commandement, la direction, la surveillance du navire, et que la moindre faute de sa part peut avoir les conséquences les plus terribles.

En doit-il être de même pour l'armateur? — Quels devoirs sont les siens? — Quels sont ses droits, ses pouvoirs?—Quelles fautes a-t-il commises? — Qu'a-t-on à lui reprocher? Car on ne pense pas l'atteindre sans doute parce qu'il est propriétaire, mais apparemment parce qu'il a manqué à une obligation qu'il avait à remplir.

D'après la loi commune, chacun de nous est engagé par ses actes et par les actes de ceux dont il doit répondre. En effet, dans toute réunion d'hommes, chaque individu, agissant dans la plénitude de sa volonté, est responsable vis-à-vis de ses semblables de ses actes qui leur portent préjudice. Sa responsabilité est engagée par les actes des personnes placées sous son autorité et qu'il a pour devoir de surveiller.

Tout droit engendre un devoir correspondant : l'un est le corollaire de l'autre, sa conséquence nécessaire, rigoureuse. Il n'y a pas de société possible entre les hommes sans l'observation de cette loi primordiale. Conçoit-on un pays dans lequel les habitants seraient divisés en deux classes, les uns ayant tous les droits et les autres n'ayant que les devoirs? Ce serait la tyrannie d'un côté et la servitude de l'autre. Un état

[1] La rapidité de la navigation à vapeur a singulièrement augmenté le nombre des collisions en mer. Sans doute, il viendra un moment où la science trouvera quelques moyens d'éviter ces abordages; nous désirons que ce moment soit très-prochain. Jusqu'à ce jour, il n'a encore rien été adopté par la marine pour prévenir ces terribles rencontres. Un capitaine de vaisseau, M. Aug. Trève, qui s'est distingué par d'importantes recherches sur le magnétisme, a proposé d'employer l'électricité à conjurer les désastres d'abordages en mer, c'est-à-dire à signaler le bord du navire à l'autre navire qui court sur lui. D'après M. Trève, la solution la plus pratique se trouve dans l'application de l'électricité à l'inflammation instantanée d'un feu vert ou rouge. Mais, nous le répétons, aucun signal n'a encore été adopté par la marine, ce qui fait dire à M. Figuier (*Année scientifique*, 1875) : « On ne conçoit guère, en présence de la triste fréquence des abordages de mer, l'espèce d'*apathie* qui empêche de songer aux moyens pratiques dont la science dispose pour éviter ces terribles rencontres. »

Digitized by Google

social de cette nature, si contraire aux lois divines et humaines, conduirait les uns à la folie et les autres à l'abrutissement. Si le patron, le chef de famille, celui qui est investi d'un commandement quelconque, a droit d'être obéi, c'est parce qu'il a le devoir impérieux de protéger, défendre, surveiller, diriger, faire régner l'ordre et les bonnes mœurs, maintenir la discipline. L'infraction à cette loi de la morale emporte une peine, la responsabilité.

Il se peut faire que l'on se trouve engagé, par ses actes ou ceux d'autrui, pour une somme supérieure à sa fortune. Mon enfant, sur lequel je dois veiller, met, par son imprudence, le feu à une habitation. Aux termes de l'article 1384 du Code civil, je suis responsable du fait de mon fils mineur, habitant avec moi, et je puis avoir à répondre d'un fait dommageable considérable. Tel est le droit commun. — Le législateur moderne n'a pas voulu qu'il en fût ainsi pour l'armateur dans un intérêt supérieur d'armement, c'est-à-dire de navigation maritime (art. 216 C. com.). Les vaisseaux ne transportent pas que des choses matérielles, ils transportent aussi des idées, des connaissances nouvelles et utiles. Avec eux, c'est la civilisation qui s'avance, la condition humaine qui s'améliore. Les contrées les plus éloignées se peuplent et se couvrent de moissons. Les pays deviennent tributaires les uns des autres, les peuples se rapprochent, se connaissent et s'estiment. Les préventions disparaissent. Et, dans la grande famille humaine, les idées chrétiennes de paix et de fraternité font place à celles de guerre et d'inimitié. L'étranger n'est plus un ennemi. C'est par le commerce maritime que les villes, les nations s'enrichissent et prospèrent. Dans l'antiquité, Tyr, Alexandrie, Carthage, durent leurs splendeurs au commerce maritime. Au moyen âge, Venise, Gênes, les villes hanséatiques brillèrent du plus vif éclat. De nos jours, l'Angleterre doit toute sa puissance à sa marine marchande. Un peuple vraiment soucieux de ses intérêts doit entretenir avec soin cette source féconde de la fortune publique. « Il est de la nature du commerce, dit M. Pardessus dans sa savante *Collection des lois maritimes antérieures au XVIIIe siècle*, de répandre les bienfaits de la civilisation en liant les hommes par des rapports mutuels, en leur faisant connaître le prix du travail. »

Donc, qu'on y prenne bien garde, en rendant la situation

Digitized by Google

de l'armateur trop rigoureuse, trop difficile, sous le prétexte que ses bénéfices sont énormes, on peut porter une atteinte grave à l'armement. On ne songe pas assez que les dépenses, dans cette branche importante du haut commerce, sont très-grandes, qu'un chômage forcé, ce qui a lieu souvent, fait disparaître tous les bénéfices. Bien loin d'effrayer les capitalistes disposés à armer des navires pour la navigation, il importe d'appeler les capitaux « vers une industrie trop négligée, à raison des risques indéfinis qu'elle entraîne dans l'état actuel de la législation[1]. »

Prétend-on mettre l'armateur dans cette condition singulière, qu'au cas de rencontre, mieux vaut pour lui la perte de son navire que sa conservation. Son navire est-il perdu, il en fait l'abandon aux parents des victimes naufragées, il touche le montant de son assurance, et tout est dit. Son bateau, au contraire, est-il conservé, — ce bateau a une valeur de 70,000 francs, 90,000 francs, 100,000 francs même, si c'est un bateau de pêche ; 1 million de francs ; 1,200,000 francs, si c'est un grand bateau de transport, — on demandera aux armateurs 30,000 francs, 40,000 francs ou 50,000 francs; abandonneront-ils leur navire? — Évidemment non : car le bateau représentant une somme plus forte que celle qu'ils ont à payer, ils ont intérêt à le conserver. — Ainsi, en cas de perte du navire, l'armateur recevra une somme représentant la valeur de son navire; en cas de conservation du navire, l'armateur éprouvera une perte équivalente à l'indemnité qu'il aura à donner. Dans le premier cas, l'armateur ne subit aucun dommage, les parents des naufragés reçoivent une épave sans valeur. Dans le second cas, l'armateur perd, mais l'indemnité est réelle pour les parties intéressées. N'y a-t-il pas là quelque chose d'étrange et qui blesse la raison?

Il importe aussi de ne pas placer les armateurs entre ce que leur commandent leurs intérêts et les devoirs de l'humanité. Dans le cas de rencontre, le navire abordeur doit porter secours au navire abordé et faire tous ses efforts pour arracher à la mort de malheureux naufragés. Or il faut éviter que le navire abordeur, au lieu de rester sur le lieu du sinistre, comme les lois de l'humanité l'y obligent, s'empresse de fuir dans le but de permettre au capitaine et au

[1] Dalloz, *Droit maritime.*

Digitized by Google

propriétaire du navire qui a causé l'accident, de se soustraire à la responsabilité qui leur incombe. Des faits si odieux ne sont pas sans exemple dans les annales maritimes.

Le droit à une réparation qui naît à l'occasion d'un dommage éprouvé est un droit tiré de la loi naturelle. Avant que l'homme ait fait les lois, la conscience lui disait que son premier devoir est de ne pas faire tort à autrui, et que tout dommage de sa part doit être réparé. Si donc on admet que l'armateur a causé un dommage, soit par lui-même, soit par le fait de son représentant, comment peut-il échapper à l'obligation impérieuse qui lui incombe de réparer le dommage éprouvé? Certainement on peut abandonner un gage à des créanciers qui ont contracté en vue de la garantie qui leur était offerte au moment du contrat. La loi et la raison nous disent qu'il en doit être ainsi. C'est là le droit commun; mais quand il s'agit de crimes, délits ou quasi-délits, le débiteur est tenu sur tous ses biens, et il ne peut se soustraire aux charges résultant de sa faute par l'abandon de sa maison A ou de son domaine B. Telle est encore ce que nous enseigne la loi et ce que nous révèle la conscience.

Pourquoi en est-il autrement pour l'armateur? C'est sans doute que l'on a craint, dans le cas d'une responsabilité illimitée, de porter atteinte à la navigation commerciale maritime. Mais on n'a pas remarqué qu'avec ce tempérament, on sacrifiait les droits des parents des victimes en rendant, dans maintes circonstances, l'exercice de ce droit à peu près illusoire. Le droit des parents des naufragés vis-à-vis de l'armateur n'est donc pas si absolu, puisqu'en définitive, il peut être réduit à néant, tandis que l'armateur, lui, peut n'éprouver aucune perte. Cette situation faite aux uns et aux autres démontre qu'en cette matière les vrais principes n'ont pas encore été complétement dégagés. On a voulu donner satisfaction aux armateurs et aux parties qui ont souffert par la perte de leurs parents, et l'on n'a satisfait personne. En droit pur, si l'armateur est responsable, sa fortune entière doit répondre de sa faute. S'il n'est pas responsable, on ne peut rien exiger de lui.

La jurisprudence s'est prononcée dans le sens de la responsabilité. Nous avons la plus profonde déférence pour toutes les décisions des Cours et des tribunaux. Peut-être

Digitized by Google

nous arrivera-t-il dans le cours de cette étude d'émettre des avis contraires aux décisions rendues; nous le ferons toujours avec le respect qui est dû à de si imposantes autorités. Mais nous demandons à être complétement libre dans nos appréciations. La doctrine appartient à tous. C'est un vaste champ d'exploration où tous les pionniers de la science du droit peuvent se donner rendez-vous. Chacun, sur le terrain de la discussion, peut examiner les opinions qui se sont produites, et donner les raisons de ses préférences. A ce sujet, nous demandons la permission de citer les paroles de Dupin dans sa savante *Dissertation sur la vie et les ouvrages de Pothier* (p. 108). « La doctrine qui résulte des arrêts, dit M. Dupin, est grandement mêlée de pour et de contre, et le plus souvent, leur décision tient à des circonstances particulières qui repoussent toute application qu'on en voudrait faire à d'autres espèces où les mêmes accidents de fait ne se rencontrent pas. » Et il ajoute : « Au lieu d'établir les principes invariables de la matière, on voit des auteurs modernes parcourir en détail toutes les espèces jugées par les divers arrêts, adoptant presque toujours avec complaisance toutes les décisions qui s'y trouvent, au risque d'être démentis six mois plus tard par d'autres arrêts qui auront cassé les premiers ou jugé en sens contraire. Avec cette méthode, on écrit de plus gros volumes, on les fait plus vite, on les vend plus cher, mais, comme on a professé une doctrine moins pure, elle est aussi moins durable. »

De son côté, M. Boulay-Paty a dit : « On ne connaîtra jamais bien la législation, et surtout la législation commerciale maritime, si on ne la cherche uniquement que dans les décisions des tribunaux et dans quelques consultations isolées. La source la plus sûre et la plus féconde se trouve dans l'esprit de la loi, dans l'examen des principes qu'elle établit, dans les usages nautiques, dans le langage des navigateurs. » Savoir la loi, disaient à leur tour les anciens, c'est non-seulement en comprendre les termes, mais en connaître l'esprit et l'étendue. *Scire leges, non solum hoc est carum verba tenere, sed etiam vim ac potestatem.*

Suivant nous, et nous ne croyons pas être contredit sur ce point, tout dédommagement repose sur l'idée d'une faute commise quelle qu'elle soit. Faites disparaître l'idée de faute, du même coup vous faites disparaître toute

Digitized by Google

idée de réparation. On doit une indemnité à tous ceux auxquels on cause un préjudice en faisant ou en ne faisant pas, *faciendo vel omittendo*, par action ou omission, par sa volonté aussi bien que par sa négligence ou son imprudence. « Tout fait quelconque de l'homme, dit la loi, qui cause à autrui un préjudice, oblige celui par la *faute* duquel il est arrivé, à le réparer. » C'est là un précepte de morale qui est devenu une règle de notre droit. — Aller plus loin serait une souveraine injustice, car le bon sens et la conscience nous disent que personne n'est tenu d'indemniser autrui pour un mal qui ne lui est pas arrivé par sa faute, son imprudence ou sa négligence. C'est dans ce sens que la Cour de cassation a décidé, le 19 juillet 1870 (S., V., 71, 1, 91), que l'existence d'une faute *légalement imputable*, constitue l'une des conditions essentielles de toute action en responsabilité, et c'est à celui qui se prétend lésé par un délit ou un quasi-délit à *prouver la faute* qu'il impute au défendeur. — La *simple présomption de faute* suffit pour faire naître une action en responsabilité. Il y a là peut-être quelque chose d'excessif, car la disposition législative qui a trait à la responsabilité a tous les caractères d'une véritable disposition pénale, et, à ce titre, elle doit être considérée comme une exception qu'il y a lieu de restreindre dans des limites parfaitement définies[1]. Or, en matière pénale, tout est de droit étroit, *stricti juris;* on ne punit point sur de simples présomptions, il faut des preuves qui ne laissent aucun doute. Tout au contraire, la présomption d'innocence protége toujours l'homme qu'on poursuit, et jusqu'au jugement il est réputé innocent. En effet, jusque-là, des preuves nouvelles peuvent établir son innocence; tel est l'esprit de nos lois, esprit empreint de la plus haute philosophie chrétienne. C'est la pensée dont se sont inspirés nos législateurs, celle qui doit inspirer les législateurs de tous les temps et de tous les pays. Eh bien! ces principes qui défendent l'homme contre lui-même, ses passions, ses préventions, faut-il donc les rejeter quand il s'agira de responsabilité civile, responsabilité qui, nous l'avons dit, a tous les caractères d'une peine.

Il en est ainsi pour les commettants; ils sont punis, non

[1] V. arrêt du 19 juillet 1870.

Digitized by Google

pas parce qu'ils ont commis une faute, mais parce qu'ils sont présumés en avoir commis une, et telle est la force de cette présomption qu'on appelle *présomption légale*, qu'elle dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe. Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire (art. 1352 C. civ.).

En matière de responsabilité, la preuve contraire n'est admise que pour les père et mère, instituteurs ou artisans (art. 1384 C. civ., *in fine*); elle ne l'est pas pour les commettants. Les commettants sont responsables d'une façon absolue, dans tous les cas, du dommage causé par leurs préposés, dans les fonctions auxquelles ils les ont employées... La preuve qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité n'est pas admise. La loi reconnaît aux présomptions légales une force probante parce que, dit M. Dalloz, elles sont considérées comme la vérité, elles sont fondées sur *une liaison* que la loi regarde comme *nécessaire* et *infaillible* du fait connu au fait inconnu que l'on veut prouver [1]. — Quel est donc, en ce qui concerne le commettant, le fait inconnu que la loi considère comme ayant une *liaison nécessaire* et *infaillible* avec le fait connu? Voici ce que répond M. Dalloz : « La raison de cette responsabilité se tire de ce que le commettant a *volontairement choisi* son préposé pour le mettre en rapport avec les tiers, et qu'il a dû *préalablement s'assurer* de son aptitude, de sa probité, de sa capacité. Il y a *faute, imprudence, négligence* de la part du commettant, lorsque le choix qu'il a fait n'est pas suffisamment éclairé [2]. » Dalloz cite à l'appui de sa thèse la loi romaine (L. 5, § 5, *De oblig. et action*) : *Aliquatenus culpæ reus est, quod opera malorum hominum uteretur.* « Il est donc juste, ajoute-t-il, de le rendre responsable des faits de son préposé. C'est aussi le sentiment de Pothier, *Oblig.*, n° 121 ; Toullier, t. XI, n° 283; Duranton, t. XIII, n° 724; Sourdat, n° 884. »

D'après M. Sourdat : « Le commettant *ayant le droit de donner à son préposé des instructions et des ordres*, et *de surveiller l'exécution du mandat qu'il lui a donné*, il est juste de

[1] V. *Obligations*, n° 4979.
[2] Dalloz, *Responsabilité*, n° 602.

Digitized by Google

le considérer comme *l'auteur* ou *le complice du fait commis, soit que les instructions qu'il devait donner ou la surveillance qu'il était tenu d'exercer n'aient été ni intelligentes, ni complètes.* » Voilà bien la responsabilité du commettant nettement déterminée; elle repose sur l'idée de faute commise ou présumée. Le commettant est responsable, parce que libre dans son choix, maître absolu de son préposé, les faits commis par celui-ci sont censés accomplis par le mandant lui-même qui pouvait les prévenir ou les empêcher.

Ces principes posés, ce que nous avons à rechercher, c'est de savoir si le mandat du capitaine est un *mandat ordinaire*, si les rapports qui existent entre l'armateur et son capitaine sont les mêmes que ceux qui existent entre les commettants en général et leurs préposés. Dans ce dernier cas, l'article 1384 est bien applicable. Mais s'il nous est démontré que ce mandat est un mandat *sui generis*, que, dans l'espèce qui nous occupe, l'idée de faute ou même de présomption de faute *disparaît complétement*, la conséquence à en tirer sera évidemment que ce n'est pas dans les dispositions de l'article 1384 du Code civil qu'il faut, pour résoudre la difficulté que nous étudions, chercher des motifs de se décider. Nous examinerons alors les dispositions de l'ordonnance de 1681 et la loi commerciale. A. REGNAULT.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

3631. Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière et C°, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

ORDONNANCE D'ENVOI EN POSSESSION PAR LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL CIVIL,

EN VERTU D'UN TESTAMENT OLOGRAPHE QUI A INSTITUÉ UN LÉGATAIRE UNIVERSEL.

Par M. H. Lespinasse, premier avocat général à la Cour d'appel de Pau.

La loi autorise-t-elle un recours quelconque contre les ordonnances de cette nature? Après avoir étudié et comparé les savantes dissertations dont cette question a été l'objet, on éprouve le besoin de se rattacher à un point fixe qui puisse dominer toute la controverse.

Une ordonnance d'envoi en possession peut-elle causer un préjudice qui, sans l'emploi d'un recours immédiat, pourrait devenir irréparable? L'affirmative ne saurait être contestée.

Le légataire universel qui entre en jouissance de l'hérédité peut n'offrir aucune garantie, détourner les valeurs mobilières, dégrader les immeubles. — Et le dommage pourrait être consommé longtemps avant que la validité du testament eût pu être appréciée par les juges du fond.

Mais il est surtout un des effets de l'ordonnance qui pourrait devenir fatal pour l'héritier du sang.

Si l'ordonnance n'est pas annulée, le légataire qui l'a obtenue est dispensé de toute preuve quant à la sincérité de l'écriture et de la signature du testament; c'est à l'héritier naturel de démontrer que l'acte n'est pas émané de celui à qui on les attribue. On comprend l'immense avantage que cette situation procure au légataire.

Si la preuve rapportée par l'héritier laisse subsister le moindre doute, l'acte de dernière volonté devra recevoir sa pleine exécution. Telle est la jurisprudence de la Cour suprême. Elle repose aujourd'hui sur des arrêts si nombreux et si énergiquement motivés qu'on peut, dans la pratique, la regarder comme partie intégrante de la loi.

Il est donc évident que l'ordonnance peut avoir les suites les plus graves. Et cela suffit, selon nous, pour justifier la nécessité d'un recours.

Toutes les difficultés qu'on élève contre cette conclusion

Digitized by Google

disparaissent à nos yeux devant le principe de droit naturel suivant lequel tout intérêt lésé doit être admis à se défendre. Merlin, après avoir rappelé au mot *Ordonnances sur requête* que ces actes ne diffèrent des jugements qu'en ce que nul défendeur n'est mis en cause, explique ailleurs (*opposition à jugement*) que si notre Code ne mentionne pas en termes exprès, comme l'ordonnance de 1667, la légitimité d'un recours en pareille matière, il faut se garder d'en induire qu'il ait entendu le prohiber ; *c'est*, dit-il, *un droit naturel dont le législateur lui-même ne saurait priver les intéressés.* Ce passage énergique remet en mémoire la maxime de Bossuet : Il n'y a pas de droit contre le droit.

La Cour de Bordeaux a exprimé la même pensée dans un remarquable arrêt du 16 août 1817 (Dalloz, *Jugement par défaut*, n° 185), où on lit cette proposition d'une profonde vérité : « Notre législation serait incomplète si *un acte quel-* « *conque, émané de l'autorité judiciaire*, pouvait devenir un « obstacle à l'exercice d'un droit, sans que celui à qui le « droit appartient fût admis à le soutenir. »

Nous sommes heureux de citer encore, à l'appui de notre opinion, un auteur dont l'assentiment a d'autant plus de poids qu'en thèse générale il n'admet pas le recours.

« Cependant, dit l'éminent professeur (M. Demolombe), « s'il était vrai que l'envoi en possession du légataire uni- « versel fît retomber sur l'héritier du sang l'obligation de « prendre l'initiative pour combattre la sincérité du testa- « ment, *nous ne comprendrions pas qu'on pût refuser à ce der-* « *nier un moyen d'effacer, même avant le procès au fond, une* « *présomption si périlleuse pour lui et une interversion de rôles* « qui pourrait, par elle seule, lui faire perdre son procès. » (*Donat. test.*, t. IV.) A notre avis, cette considération tranche la difficulté. Voyons cependant les objections qu'on nous oppose.

L'ordonnance, dit-on, n'est qu'un acte de *juridiction volontaire*, et en principe, les actes de cette nature ne comportent pas de recours.

La qualification de *juridiction volontaire* nous paraît d'abord impropre. Lorsque des plaideurs se présentent devant le magistrat et se mettent d'accord pour solliciter dans le même sens l'intervention de son autorité, on comprend que

Digitized by Google

la mesure obtenue par eux puisse être réputée *volontaire ou gracieuse,* et la pensée même d'un recours serait inexplicable.

C'est bien ainsi que l'entendait la loi romaine quand elle définissait la *juridiction volontaire,* celle qui adjuge aux deux parties leurs conclusions tendant au même but (*inter volentes*).

Mais lorsqu'un seul intéressé comparaît devant le juge et sollicite sans contradiction une mesure qui nuit à autrui, il n'y a plus de juridiction, puisque le magistrat n'*a pas de droit à déclarer*. Il n'y a pas surtout consentement de la partie lésée, puisqu'elle n'a pas été mise en demeure de s'expliquer. Il faut donc laisser de côté la qualification de *juridiction volontaire* et ne voir dans l'ordonnance que l'accomplissement d'une formalité qui complète le testament.

Si la formalité était inoffensive, nul ne serait admis à s'en plaindre, parce que nul n'y aurait intérêt. Mais si elle est susceptible de nuire, il faut bien pouvoir la faire rapporter, en vertu du principe supérieur de la légitime défense.

On nous arrête ici et l'on nous dit : Si l'ordonnance est selon nous une simple formalité ayant pour objet d'assimiler le testament olographe à un testament public, comment ne pas admettre que l'œuvre du magistrat ait au moins la même valeur que celle du notaire. Or un testament public emporterait de plein droit la mise en possession; aucune opposition ne serait reçue et un procès au fond contre la validité de l'acte serait la seule ressource laissée aux héritiers naturels. Donc il en doit être de même lorsque c'est le juge qui complète l'œuvre du testateur.

L'objection est plus spécieuse que solide, et il est facile d'apercevoir les motifs qui doivent faire accorder une efficacité plus grande aux constatations du notaire qu'à celles du magistrat.

Le notaire affirme des faits qui lui sont personnels : la présence du testateur, la dictée des volontés dernières, l'assistance des témoins, et comme il est spécialement chargé de les attester, il est naturel qu'on les tienne pour vrais jusqu'à ce que la fausseté en ait été démontrée dans le procès au fond.

Le président, au contraire, ne sait rien de ce qui s'est

Digitized by Google

passé. — On lui présente un écrit, on lui dit que c'est un testament, et, comme nul contradicteur n'est appelé, il accepte les allégations du prétendu légataire et ordonne la mise en possession. — Est-il possible qu'on se refuse à admettre un moyen de défense contre un acte accompli dans de telles conditions?

Mais, nous dit-on, il y a contre le recours deux raisons péremptoires : la nature de l'acte et le silence de la loi.

La nature de l'acte s'oppose à tout recours, car l'*opposition*, la *tierce opposition*, la *requête civile* ou l'*appel* s'appliquent exclusivement aux *jugements proprement* dits, et l'ordonnance n'est pas un jugement.

Allons-nous revenir au formalisme étroit du droit romain? Consentirons-nous en une matière si grave à nous rendre esclaves des mots? Qu'importe la dénomination de l'acte qui met en possession le légataire universel? Il émane de l'autorité judiciaire, et, comme le disait si bien la Cour de Bordeaux, la raison et l'équité exigent qu'il puisse être attaqué.

Les exemples ne manquent pas, d'ailleurs, dans nos Codes d'ordonnances sur requêtes soumises à l'*opposition* et à l'*appel*.

Aux termes de l'article 192 du Code de procédure civile, si un avoué est en retard de rétablir des pièces communiquées, le juge peut l'y contraindre par une ordonnance sur requête, et cette ordonnance, dit le texte, est *susceptible d'opposition*.

Une prescription analogue se trouve dans l'article 417 du même Code.

Le président du tribunal de commerce peut autoriser l'assignation d'heure à heure et la saisie d'effets mobiliers appartenant à un prétendu débiteur, avant que celui-ci soit appelé à présenter ses moyens; cette ordonnance est immédiatement exécutoire, mais sous la réserve de l'*opposition et de l'appel*.

Il est donc établi que les ordonnances sur requête ne sont point par leur nature exclusives d'un recours. Il est vrai que l'article 1008 du Code civil n'en mentionne aucun...; mais tout ce qu'on peut conclure de là, c'est qu'il y a lacune : or, en matière civile, les lacunes doivent être comblées à l'aide d'analogies empruntées à d'autres textes.

Digitized by Google

Vient enfin l'argument qui semble avoir produit le plus d'impression sur certains partisans du système opposé au nôtre; on le formule ainsi : Quand même on vous accorderait la possibilité d'un recours, vous ne seriez pas plus avancé, car vous ne sauriez dire quel serait celui qu'il faudrait préférer.

La réponse est bien simple : Si les recours sont licites, on doit pouvoir user de tous ceux que le droit commun autorise, l'*opposition comme l'appel,* à moins qu'il n'y ait quelque motif particulier d'exclure l'un ou l'autre. — Mais ce motif ne saurait être fondé sur ce que l'ordonnance n'est pas un jugement. — Nous avons surabondamment réfuté ce système; nous n'y reviendrons pas.

Dans un arrêt de 1867 (Sirey, 68, 1, 241), la Cour suprême a pensé que certaines convenances ne permettaient pas de demander aux tribunaux, par voie d'opposition, la nullité d'un acte accompli par leurs chefs. En admettant cette doctrine, il resterait toujours l'appel, et ce serait une considération puissante pour s'y attacher plus fermement.

Mais il y a un autre moyen universellement approuvé, sauf une différence grave dans les effets qu'on lui attribue : c'est le référé.

Il est à peine besoin de noter que le référé sera toujours admissible en pareille matière, car les héritiers naturels ont non-seulement à prévenir d'*urgence* les détournements et les dégradations, mais encore à se mettre en garde, avant d'aborder le fond, contre la présomption de sincérité que l'ordonnance d'envoi élèverait en faveur du testament.

Devant le juge du référé toutes les parties seront mises en présence; un débat contradictoire s'engagera et la décision à intervenir sera sans aucun doute susceptible d'appel.

Mais sur quoi portera l'appel? Sera-ce uniquement sur des mesures conservatoires que le juge aurait accordées ou refusées, ou bien sur l'ordonnance même d'envoi? Le doute ne saurait exister à nos yeux. L'objet principal du référé a dû être de faire tomber la présomption de validité du testament résultant de l'ordonnance. — Si le juge du référé a refusé de faire droit à cette demande, ce sont les mêmes conclusions qui seront reprises sur l'appel, et leur but essentiel devra être encore le rapport de l'envoi en possession.

On nous dira peut-être : Le juge du référé n'est compé-

Digitized by Google

tent que pour les *mesures provisoires*, et l'annulation de l'envoi dépasserait cette limite.

Mais l'ordonnance d'envoi est essentiellement provisoire, puisque le maintien en est subordonné à l'examen du fond.

Elle est tellement provisoire qu'un éminent magistrat (M. le président de Raynal), dans le savant réquisitoire qui prépara l'arrêt de cassation de 1867, émettait la pensée qu'on pourrait demander le rapport de l'ordonnance au juge même qui l'aurait rendue : Si l'envoi est une *mesure provisoire*, et si tout ce qui est *provisoire* est *matière à référé*, il s'ensuit que le juge du référé peut la mettre à néant. Telle est la doctrine solennellement consacrée par un arrêt de la Cour suprême de 1845 (Sirey, 45, 1, 69) que nous croyons devoir reproduire en entier à raison de son importance :

« Sur le premier moyen : — Attendu, en droit, 1° que si « l'article 1008 du Code civil autorise le président du tribu- « nal de première instance à rendre une ordonnance d'en- « voi en possession au profit et sur la seule requête d'un « légataire universel institué par un testament olographe, « c'est sans préjudice aucun des droits qu'a l'héritier légi- « time d'attaquer le testament, d'en dénier l'écriture, et « même de contester à cet acte le *caractère de titre appa- « rent*, auquel cas le droit de l'héritier légitime peut aller « jusqu'à réclamer soit la possession provisoire des biens de « l'hérédité, soit leur séquestre pendant le cours de l'instance « en vérification ;

« Attendu 2° que, ces dernières circonstances se réalisant, « nulle loi ne s'oppose à ce que l'héritier légitime porte son « opposition à l'ordonnance d'envoi en possession devant le « magistrat qui l'a rendue, alors qu'il se borne à réclamer « des mesures provisoires qui n'excèdent pas les limites d'un « référé, et que l'ordonnance contradictoire qui intervient en « pareil cas est susceptible d'appel, comme le serait toute « ordonnance d'un intérêt indéterminé rendue en référé ;

« Attendu, en fait, que le demandeur en cassation institué « légataire universel par un testament olographe a obtenu « du président du tribunal de première instance d'Uzès une « ordonnance d'envoi en possession rendue sur sa seule re- « quête le 10 juin 1843 ; — Attendu que les héritiers légi- « times, déniant l'écriture du testament, et se prévalant du

Digitized by Google

« caractère suspect de sa production anonyme par la voie « de la poste, ont obtenu du président du même tribunal la « permission d'assigner devant lui le demandeur en cassa- « tion, *à l'effet de voir statuer sur les oppositions à l'ordon- « nance d'envoi en possession intervenue sur sa requête;* — « Attendu que, sur cette assignation et à la suite d'un débat « contradictoire, le président du tribunal a, sous la date du « 3 juillet 1843, ordonné de plus fort l'exécution de la pre- « mière ordonnance, et a débouté les héritiers légitimes de « leur demande tendant à obtenir la possession ou le sé- « questre provisoire des biens de l'hérédité jusqu'à décision « ultérieure par les juges du fond;

« Attendu que lesdits héritiers, aujourd'hui défenseurs « éventuels, *se sont rendus appelants, tant de cette dernière « ordonnance que de celle d'envoi en possession dont elle ordon- « nait de nouveau l'exécution; — Attendu que cet appel était « recevable d'après les principes ci-dessus posés;* qu'ainsi la « Cour royale de Nîmes, qui en a été saisie, a pu y faire « droit, par suite ordonner le séquestre des biens, et qu'en « ce faisant elle n'a violé aucune loi; — Rejette, etc. »

M. Troplong a complétement accepté cette solution dans le passage suivant :

« Nous remarquerons toutefois que comme le président, « qui a le pouvoir de rendre cette ordonnance, est en même « temps le juge du référé, il pourra souvent arriver que les « héritiers *ab intestat* auront la faculté de faire opposition « devant ce magistrat à la mise en possession; ce qui ouvrira « sur ce point un débat contradictoire en référé.

« En effet, d'après l'article 806 du Code de procédure ci- « vile, le référé est un moyen de faire régler provisoirement, « par le président, tous les cas d'urgence; et c'est d'un cas « de cette espèce qu'il s'agit dans cette matière, où il faut « statuer sur la possession, empêcher promptement les di- « lapidations et prévenir les surprises.

« Supposons que l'écriture du testament soit déniée, ou « qu'il y ait des circonstances qui permettent de contester à « cet acte le caractère de titre apparent; dans tous cas et « autres analogues où l'urgence élèvera la voix, on comprend « que *les héritiers* ab intestat *ont le droit d'intervenir pour « obtenir par provision le rapport de cette ordonnance*, le

Digitized by Google

« séquestre des biens, s'il y a lieu, et toutes les mesures « conservatoires qui paraîtront nécessaires. »

Enfin M. Massé, qui combat en thèse générale l'admissibilité d'un recours, reconnaît que la voie du référé est parfaitement licite. — Il lui semble toutefois que le référé ne devrait pas anéantir l'ordonnance d'envoi, mais seulement en suspendre l'exécution. Il croit que cela suffirait pour conjurer tous les périls dont les héritiers du sang pourraient être menacés.

Évidemment, l'éminent jurisconsulte comptait alors sans la jurisprudence de la Cour suprême qui a attaché à l'ordonnance d'envoi la présomption de sincérité du testament. — Si cette jurisprudence eût été aussi solennellement établie qu'elle l'est en ce moment, M. Massé, comme M. Demolombe, aurait reconnu la nécessité d'un remède plus efficace que celui dont il paraît se contenter; il aurait accepté sans réserve la doctrine de la Cour suprême et de M. Troplong.

Nous avons parlé tout à l'heure de l'appel comme d'un recours directement admissible contre les ordonnances d'envoi en possession. Nous n'y reviendrons pas au point de vue général, mais il est un cas particulier dans lequel il ne saurait souffrir de difficulté sérieuse, c'est lorsque l'ordonnance a été rendue par un juge incompétent.

Supposons que le président auquel on se serait adressé ne fût point celui du tribunal dans le ressort duquel la succession se serait ouverte. Son ordonnance pourrait-elle être attaquée par la voie de l'appel?

Nous cherchons vainement sur quels prétextes pourrait s'étayer le refus d'un recours si légitime. — La mission conférée par les articles 1007 et 1008 ne regarde que le président du lieu de l'ouverture. — Si un magistrat d'un autre arrondissement se permettait d'user de cette prérogative, il serait évidemment sans pouvoir; il accomplirait un acte radicalement nul, et comme son ordonnance revêtue d'une apparente autorité paralyserait l'exercice des droits appartenant aux héritiers naturels, il faudrait bien que ceux-ci eussent un moyen de la faire révoquer avant d'intenter un procès sur le fond. — Demander au juge de se réformer lui-même en se déclarant incompétent serait un procédé anormal et irrationnel. S'adresser au tribunal dont il est le chef, paraît

Digitized by Google

peu convenable à la Cour suprême. Il resterait donc uniquement la voie de l'appel pour faire tomber une ordonnance qui aurait méconnu les principes fondamentaux de notre organisation judiciaire.

L'arrêt de rejet du 26 décembre 1867 nous offre une application de cette doctrine. Le président d'un tribunal avait, dans une ordonnance sur requête, excédé ses pouvoirs. La Cour de Paris annula l'ordonnance et évacua la cause en évoquant le fond. Sur le pourvoi, il fut jugé que la *demande en nullité de l'ordonnance entachée d'excès de pouvoir avait été justement portée devant les juges d'appel.*

Il ne peut donc subsister aucun doute sur l'admissibilité de l'appel contre l'envoi en possession émané d'un juge incompétent.

Une dernière difficulté est relative aux mesures provisoires à prescrire par le juge du référé. Il en est de facultatives que ce magistrat peut écarter s'il les croit inutiles ou vexatoires : telles sont le séquestre ou même la possession provisoire en faveur des héritiers du sang. Mais il en est d'autres qu'il ne lui est pas permis de refuser lorsqu'elles sont requises. Les scellés sont de ce nombre.

Il ne faut pas confondre l'apposition d'office avec celle qui est demandée par les intéressés. La première ne peut avoir lieu hors des cas déterminés par la loi. Un cadre beaucoup plus vaste est ouvert à la deuxième. Elle peut être *requise*, dit l'article 909, par tous les prétendants droit à une succession, par tous les créanciers fondés en titre ou munis de la permission du juge. Le magistrat qui refuserait d'obtempérer à une semblable demande violerait donc manifestement la disposition de la loi.

La faveur qui s'attache à cette mesure protectrice est si grande, que les mineurs même, lorsqu'ils n'ont pas été pourvus de tuteurs ou que leur représentant légal est absent, peuvent, d'après la jurisprudence, la requérir personnellement, en vertu de l'article 910. Cela est vrai dans tous les systèmes que nous avons précédemment examinés, soit que l'on fasse de l'envoi en possession une mesure inattaquable, soit qu'on le subordonne à un recours. Tout au plus a-t-on pu juger que les scellés pourraient être réputés inutiles si le légataire avait offert à l'héritier, comme équivalent, de véri-

Digitized by Google

fier lui-même tous les effets mobiliers du défunt, ou de prendre telle autre précaution qui lui paraîtrait convenable, afin de sauvegarder ses intérêts.

De nombreuses décisions se sont prononcées pour le droit absolu de l'héritier de faire apposer les scellés, notamment les arrêts de Douai (28 mai 1845 et 20 décembre 1847), de Nîmes du 26 décembre 1847 (D., 49, 2, 26 et 35). Un autre arrêt de la même Cour du 22 décembre 1810 porte : « Attendu qu'aux termes de l'article 909 du Code de procédure civile, tous ceux qui prétendent droit à une succession sont autorisés à requérir l'apposition des scellés, que les héritiers naturels sont évidemment dans cette catégorie et *qu'il leur suffit d'en faire la demande pour que le président doive l'accueillir; d'où il suit que l'ordonnance qui l'a refusée a manifestement violé la loi*, réforme, etc... »

Terminons par une citation très-explicite de M. Demolombe (*Donat. et test.*, t. IV, p. 476) :

« Les parties intéressées demeurent réservées dans tous leurs droits; elles peuvent requérir toutes les mesures conservatoires et notamment l'apposition des scellés et l'inventaire des biens de la succession. Il est vrai que ce droit leur a été contesté par quelques arrêts (Paris, 19 messidor, an IX; Bordeaux, 15 juillet 1828) et par M. Chauveau (*Quest.* 3064), etc.; mais la doctrine et la jurisprudence paraissent aujourd'hui s'accorder à le leur reconnaître, et *très-justement*. Est-ce *qu'aux termes de l'article* 909, *les scellés ne peuvent pas être requis par tous les prétendants droit à une succession?* Et n'est-il pas du plus pressant et du plus légitime intérêt pour ces prétendants d'empêcher les fraudes et les détournements souvent difficiles à prouver?

« Ces mesures conservatoires sont permises dans le cas où le légataire universel est institué par acte public et, à plus forte raison, dans le cas où le testament étant olographe ou mystique, le légataire a été envoyé en possession par ordonnance du président. » (Amiens, 1807, 2, 1057; Bruxelles, 9 mars 1811 et 28 novembre 1810; S., 11, 2, 255, 269; Nîmes, 27 avril 1810; S., 11, 2, 240; Douai, 24 mai 1845; S., 45, 2, 543, 544; Pigeau, Favard, Toullier, Bayle-Mouillard, Troplong, t. IV, n° 1839; Aubry et Rau, t. VI, p. 130; Colmet de Santerre, t. IV, n° 151, etc.) H. LESPINASSE.

Digitized by Google

DES PRIVILÉGES SPÉCIAUX SUR LES CRÉANCES,

Par M. J. E. Labbé, professeur à la Faculté de droit de Paris.

1. Notre législateur, en énumérant les priviléges spéciaux sur les meubles et sur les immeubles dans les articles 2102 et 2103 du Code civil, n'en cite aucun qui ait pour objet des créances. N'en existe-t-il pas?

Nous croyons qu'en vertu de dispositions formelles de la loi, il existe des priviléges spéciaux sur des créances, et nous essayerons de le démontrer.

On ne doit pas s'étonner d'entendre parler de priviléges ayant pour objet des créances.

Les créances, en tant qu'elles forment un des éléments du patrimoine, font partie de ce gage commun que les créanciers ont dans les biens de leur débiteur; ordinairement le gage de tous les créanciers comme les autres biens, les créances sont susceptibles d'être le gage spécial de quelques-uns d'entre les créanciers.

Une créance peut être donnée en gage non moins efficacement qu'un bien corporel (art. 2075 C. civ.). Les formes diffèrent; le résultat est le même.

Ce que la convention opère, le législateur a certes le pouvoir de le réaliser de sa seule volonté. Il l'a fait, et déjà dans des hypothèses où le doute n'est pas permis. Certains créanciers ont des priviléges généraux, s'appliquant à tous les biens du débiteur. Les créances de ce débiteur ne sont pas exceptées; donc elles sont comprises dans l'affectation générale.

Tirons de ces données une conclusion à notre avis manifeste : Les créances par leur nature ne répugnent pas à un droit de préférence dont elles seraient l'objet. Nous tenons ce point pour constant.

Seulement, tandis que le gage d'un bien corporel s'exerce principalement par la vente aux enchères, le gage d'une créance fournit, comme droit principal, au créancier garanti, le droit d'agir contre le débiteur de la créance affectée et d'obtenir, au besoin, condamnation contre ce dernier. La mise en gage d'une créance est une cession de la créance en garantie; expression usitée dans la pratique. La vente

Digitized by Google

serait un mode de réalisation le plus souvent désastreux. Elle est exceptionnelle; elle peut toutefois avoir lieu en certains cas avec une autorisation spéciale de la justice. Nous le voyons dans la matière de la faillite (art. 485 C. com.).

Reste à savoir si le législateur a voulu affecter d'office certaines créances de priviléges spéciaux.

Selon nous, il l'a fait; il a eu raison de le faire; il aurait seulement dû l'expliquer en des termes plus techniques.

2. Citons un premier exemple :

Un immeuble a été loué, puis sous-loué. Le premier bailleur est créancier d'un loyer à l'encontre du premier locataire. Celui-ci, sous-locateur, est créancier d'un loyer peut-être différent en somme à l'encontre du sous-locataire.

Le bailleur principal aurait la faculté, selon le droit commun, invoquant l'article 1166 qui est une application de l'article 2092 du Code civil, d'exercer au nom de son débiteur la créance de celui-ci contre le sous-locataire. Mais il serait exposé à subir sur le produit de cette action le concours de tous les autres créanciers du sous-locateur. Le législateur a voulu le mieux traiter, l'affranchir de ce concours, et il a déclaré (art. 1753) que le sous locataire est tenu envers le propriétaire. Est-ce à dire que le sous-locataire soit obligé directement envers le principal bailleur? Non; cela est impossible, car ces deux personnes n'ont pas contracté ensemble. Le sous-locataire doit le loyer convenu entre lui et le sous-locateur, c'est-à-dire une somme peut-être différente en plus ou en moins de celle dont le bailleur primitif est créancier. En outre, le sous-locataire se libère et échappe à toute poursuite de la part du locateur primitif, en payant son loyer au terme normal, même par anticipation en vertu d'une clause spéciale et dans tous les cas sans fraude, entre les mains du sous-locateur; donc il n'a que ce sous-locateur pour véritable créancier.

Qu'est-ce que le législateur a voulu exprimer? Sinon uniquement ceci : La créance résultant de la sous-location est affectée par privilége à la sûreté du bailleur principal.

La créance est affectée de privilége tant qu'elle existe. Si elle est éteinte par un payement régulier fait par le débiteur au créancier, le privilége s'évanouit.

La raison de cette affectation privilégiée est manifeste et

Digitized by Google

rentre parfaitement dans l'ordre des considérations qui motivent la plupart des priviléges. Le bailleur peut dire aux créanciers du sous-locateur : « C'est grâce à moi, c'est au moyen d'une chose que j'ai fournie à votre débiteur que celui-ci a pu devenir créancier du loyer de la sous-location. Vous vous enrichiriez injustement à mon préjudice, si cette créance servait à votre satisfaction collective et au marc le franc, avant que je fusse payé du loyer par moi stipulé. C'est à mes dépens et par la disposition faite d'une chose provenant de moi et dont l'équivalent promis ne m'a pas été donné, qu'une plus-value consistant en cette créance du sous-loyer est entrée dans la fortune de notre débiteur commun. La justice veut que je sois d'abord satisfait. »

Ce droit de préférence dirigé contre l'ensemble des créanciers du sous-locateur ne nuit pas au sous-locataire débiteur de la créance grevée du privilége légal, puisque tout payement fait d'une façon normale et honnête, éteignant la créance, éteint le privilége.

3. Une situation analogue nous offre une règle et l'occasion d'un raisonnement semblable.

Un maître, un propriétaire, traite avec un entrepreneur pour l'exécution d'un ouvrage. L'entrepreneur emploie des ouvriers. L'ouvrage est terminé. Le prix total est dû par le maître à l'entrepreneur; ce dernier doit aux ouvriers leur salaire.

Le législateur nous dit encore (art. 1798) que les ouvriers ont action contre celui pour qui les ouvrages ont été faits. Action contre le maître comme débiteur direct? Non; car ils n'ont pas traité avec lui, et celui-ci se libère en payant en d'autres mains que celles des ouvriers. Action sur ce que le maître doit, action au nom de leur débiteur créancier du maître, avec une affectation privilégiée du résultat à leur propre payement.

Ce privilége se justifie aisément. Les ouvriers ont par leur travail fait naître la créance de l'entrepreneur; cette créance était subordonnée à l'exécution de l'ouvrage. Sans eux, sans leur travail dont le salaire est encore dû, l'ouvrage n'existerait pas, et le maître ne devrait aucun prix. Les autres créanciers n'en profiteront avec justice qu'après le désintéressement complet des ouvriers.

Nous trouvons cette pensée exprimée par M. Demolombe

Digitized by Google

en des termes excellents : « Ces créanciers auxquels la loi « accorde une action directe contre le débiteur de leur dé- « biteur, afin qu'ils soient payés, par préférence aux autres « créanciers, sur la valeur qui fait l'objet de leur poursuite, « ces créanciers, disons-nous, sont précisément les créateurs « de cette valeur ! ce sont eux qui l'ont mise dans le patri- « moine du débiteur commun; et, par conséquent, les « autres créanciers s'enrichiraient véritablement à leurs dé- « pens s'ils étaient payés sur cette valeur, avant que ceux « d'où elle provient aient été préalablement satisfaits.

« C'est le même motif qui a fait créer les priviléges du « vendeur, des architectes et d'autres encore, et qui justifie « de même la préférence du propriétaire sur les autres « créanciers du locataire principal; des ouvriers sur les « autres créanciers de l'entreprenenr; des sous-traitants sur « les autres créanciers du fournisseur principal; du mandant « ou de l'avoué sur les autres créanciers du mandataire ou « de la partie que l'avoué a représentée; car chacun d'eux « aussi peut dire : *Causam pignori dedi.* » (*Contrats et oblig.*, t. II, p. 138, n° 139.)

Cependant l'éminent auteur que nous venons de citer aime mieux faire reposer les dispositions des articles 1753 et 1798 du Code civil sur une base juridique autre que celle d'un privilége.

Le propriétaire principal bailleur a une cause d'obligation directe à l'encontre du sous-locataire dans le fait que celui-ci a occupé la chose du premier.

L'ouvrier a une cause d'obligation directe à l'encontre du maître dans le fait qu'il a géré l'affaire de ce dernier en exécutant l'ouvrage commandé à l'entrepreneur.

Nous ne tenons pas aux mots, et comme nous sommes disposé à étendre la disposition équitable de nos deux articles dans les circonstances analogues, nous serions heureux d'échapper à l'idée de privilége, qui résiste plus qu'aucune autre à l'extension par analogie. Mais le pouvons-nous sans altérer la vérité?

Si le propriétaire est créancier du sous-locataire parce que celui-ci a occupé la chose du premier, pourquoi ne peut-il rien exiger de celui à qui le locataire aurait cédé gratuitement la jouissance de la chose?

Digitized by Google

Est-il vrai que l'ouvrier qui a loué ses services à l'entrepreneur ait rempli les conditions de la gestion d'affaires à l'égard du maître? Peut-il dire qu'il a agi en considération du maître?

Admettons qu'il existe un lien juridique propre, une cause d'obligation directe entre le bailleur et le sous-locataire, l'ouvrier et le maître; comment expliquer que le payement fait au sous-locateur anéantisse le droit du premier bailleur, que le payement fait à l'entrepreneur anéantisse le droit de l'ouvrier? On comprend que le payement fait par le sous-locataire au propriétaire, le payement par le maître de l'ouvrage à l'ouvrier, éteigne le droit du sous-locateur, de l'entrepreneur, parce que ceux-ci en profitent, mais la réciproque n'est pas vraie.

Nous nous croyons forcé d'accepter l'idée de privilége, d'ailleurs si bien motivée par notre honorable et vénéré contradicteur [1].

4. Un acte législatif spécial qui a prévu et réglé une hypothèse du même genre pourrait nous fournir un grand secours et un solide appui : nous voulons parler du décret du 26 pluviôse an II. Ce décret (art. 1 et 2) interdit d'abord aux créanciers particuliers des entrepreneurs qui ont exécuté des travaux pour le compte de l'État de faire, avant la réception des travaux, des saisies-arrêts ou oppositions sur les fonds destinés au payement du prix de ces travaux. Puis, en son article 3, il déclare non comprises dans les dispositions précédentes, il affranchit de la prohibition qui vient d'être exprimée, les créances provenant du salaire des ouvriers employés par lesdits entrepreneurs, et les sommes dues pour fournitures de matériaux et autres objets servant à la construction des ouvrages.

On peut certainement signaler une différence notable entre l'article 1798 du Code civil et le décret de l'an II. Le décret est plus large quant aux personnes qu'il protége; il embrasse, non pas seulement les ouvriers, mais encore les fournisseurs de matériaux. Le Code civil ne s'explique que sur le droit des ouvriers.

Mais il nous semble manifeste que l'esprit des deux dispositions est le même. Que les travaux soient exécutés pour le

[1] Comp. MM. Aubry et Rau, § 312 *in fine*.

Digitized by Google

compte de l'État ou pour le compte d'un particulier, le rôle des ouvriers est le même; sans eux, l'entrepreneur ne serait pas créancier; ils ont, en exécutant les ordres et en donnant un corps à la pensée d'autrui, contribué à faire naître la construction dont le prix est dû. La masse des créanciers de l'entrepreneur s'enrichirait sans juste cause au détriment des ouvriers si ceux-ci n'étaient pas préalablement désintéressés. C'est pourquoi la loi fait aux ouvriers une situation privilégiée relativement à la créance de l'entrepreneur. Les motifs de l'article 1798 se reproduisent donc identiquement les mêmes à propos du décret de l'an II. La protection de la loi se traduit sous deux formes différentes qui aboutissent au même résultat.

5. Nul créancier de l'entrepreneur qui a l'État pour débiteur ne peut, jusqu'à la réception des travaux, former de saisie-arrêt, si ce n'est, grâce à une faveur spéciale, celui qui a contribué à l'ouvrage par son travail ou des fournitures de matériaux. Ce dernier peut donc par la saisie-arrêt qui lui est permise s'assurer que les fonds dus par l'État passeront directement du trésor public dans ses mains propres, par préférence à la masse des autres créanciers.

6. Parmi les créanciers de l'entrepreneur qui a travaillé pour le compte d'un particulier, une inégalité de sort est de même établie. Les créanciers qui ont participé à l'ouvrage ont une action qualifiée de directe, une action entourée d'une faveur spéciale à raison de la cause de leur créance, une action qui pour leur créance est une sûreté spéciale. Les autres créanciers en sont réduits à l'action indirecte de l'article 1166 et au bénéfice du droit commun.

Si le mot *privilége* convient à l'une des deux situations décrites, il convient également à l'autre.

7. La jurisprudence se jette à la traverse de notre interprétation et de notre assimilation. Elle ne veut pas que la disposition de la loi spéciale et celle du Code civil s'interprètent, se complètent mutuellement.

Ce que le décret de l'an II introduit sans le nommer est un privilége, les juges le concèdent. Le Code civil se borne à donner une action directe.

Le mot *privilége* est employé sans hésitation dans les arrêts pour désigner le droit conféré par le décret de la Convention.

Digitized by Google

(Voy. arrêt de la Cour de cass., ch. des req., 20 août 1862, *J. P.*, 1863, p. 975.)

Nous lisons, au contraire, dans un arrêt de la Cour de Paris du 9 août 1859 (*J. P.*, 1860, p. 657) : « Aux termes de l'article 1798, l'ouvrier qui a été employé à la construction d'ouvrages faits à l'entreprise, acquiert par le fait même une action directe contre celui pour le compte de qui des travaux ont été faits, et devient créancier de celui-ci jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où l'action est intentée. Ainsi l'ouvrier qui exerce l'action résultant de l'article 1798 procède, non pas comme créancier privilégié de l'entrepreneur, mais comme créancier direct de l'entrepreneur. »

8. Qu'importent les noms divers si le résultat est identique? Dans les deux cas, les ouvriers n'ont-ils pas le droit de se faire payer sur ce qui est dû à l'entrepreneur par préférence aux autres créanciers de leur débiteur? Quel est l'intérêt de la controverse sur la dénomination que mérite cette faveur de la loi? Voici l'intérêt principal [1].

[1] Nous négligeons quelques solutions dont l'inexactitude est, à nos yeux, trop évidente.

On a soutenu que, dans l'hypothèse des travaux publics, la faillite de l'entrepreneur entraînait la restriction du privilége des ouvriers dans les limites de l'article 549 du Code de commerce, et que, dans l'hypothèse de travaux privés, le droit spécial des ouvriers survivait intact à la faillite de l'entrepreneur. parce qu'il était un droit de créance directe et non un privilége (Paris, 9 mars 1859 précité).

L'article 549 accorde un privilége général sur tous les biens du débiteur, un privilége général de même ordre que ceux de l'article 2101 du Code civil. Il tranche la question de savoir si l'expression *gens de service* embrasse les ouvriers et détermine la mesure dans laquelle les ouvriers profiteront de ce privilége général. Cet article n'a aucun trait au privilége spécial que concède le décret de l'an II. A plus forte raison, l'article 550 du Code de commerce, qui efface en cas de faillite le privilége du vendeur, n'est-il pas applicable au privilége distinct des ouvriers. Il n'y a pas même raison de décider. Les marchandises vendues sont entrées dans les magasins du failli et ont accru son avoir aux yeux de tous. Les sommes dues par l'État ou le maître ne sont pas encore entrées effectivement dans l'actif de l'entrepreneur.

Il n'est donc pas nécessaire de dénaturer le privilége des ouvriers sous le nom d'action directe pour le soustraire à la faillite.

On a écrit que les ouvriers, en formant des saisies-arrêts entre les mains

Digitized by Google

L'entrepreneur de travaux publics ne peut pas, en cédant sa créance, nuire au droit des ouvriers, droit qu'on appelle et cela parce qu'on l'appelle un privilége. Une cession de créance faite par l'entrepreneur de travaux privés et signifiée régulièrement met obstacle à l'exercice par les ouvriers de l'action directe. Telle est la conséquence pratique la plus notable tirée par la jurisprudence de la différence qui existerait suivant elle entre le système du décret de la Convention et celui du Code civil (Cass., 18 janv. 1854, Sirey Dev., 1854, I, 241).

Cette différence n'est certainement pas puisée dans les textes législatifs, absolument muets sur la question. Nous ne comprenons pas pourquoi l'action accordée par l'article 1798 et qu'on appelle directe n'a pas la force de survivre à une cession signifiée, tandis que la faculté de former saisie-arrêt concédée par le décret de l'an II ne reçoit aucune atteinte d'une semblable cession.

Si l'ouvrier a véritablement, comme on le dit, en vertu du Code civil, une créance directe contre le maître de l'ouvrage, il a un droit plus plein, plus énergique, qu'un droit de saisie-arrêt et plus apte à résister à l'anéantissement par un fait de l'entrepreneur. Nous n'apercevons pas, dans la différence de dénomination usitée, le motif de la solution admise.

M. Christophe, qui adopte sur ce point la jurisprudence des arrêts, la motive ainsi : « Le privilége imprime à l'objet auquel il s'applique une marque indélébile. L'action directe

du maître, agissaient comme créanciers de l'entrepreneur et renonçaient par cela même à l'action directe (Bordeaux, 8 juillet 1862).

On a décidé que le maître actionné par les ouvriers devait être condamné à payer, nonobstant toute opposition signifiée par l'entrepreneur (Bordeaux précité). Cependant l'entrepreneur ne peut-il pas avoir des objections à présenter, ne peut-il pas critiquer le chiffre des sommes réclamées par les ouvriers par lui employés? Pourquoi ne pas mettre tous les intéressés en présence?

Notons que la Cour de cassation n'a pas hésité une fois à qualifier de privilége le droit établi au profit des ouvriers par l'article 1798 du Code civil, mais cela pour refuser d'en étendre le bénéfice aux sous-entrepreneurs, qui, dit-on, ne sont pas des ouvriers. (V. arrêt du 11 novembre 1868; Pal., 1867, 1157.) De telle sorte que le droit conféré aux ouvriers n'est pas assez un privilége pour résister à une cession signifiée, mais est assez un privilége pour n'être pas étendue aux sous-entrepreneurs.

Digitized by Google

ne constitue qu'un droit personnel, efficace à la condition d'avoir été exercé à temps. » (*Travaux publics*, t. I, n° 515.)

Ce raisonnement n'est pas exact à nos yeux. Le décret de l'an II, qui accorde aux ouvriers la faculté de former saisie-arrêt, ne les dispense pas de la nécessité de révéler leur droit en temps utile; elle les soumet à une condition de diligence qui consiste dans la saisie-arrêt permise. Donc sous ce rapport la situation est la même. Toute la question est de savoir si après la signification d'un transport il est encore temps pour les ouvriers, soit de former saisie-arrêt aux termes du décret de la Convention, soit d'exercer leur action directe aux termes du Code civil. Pourquoi dans les deux hypothèses, sans distinction, les ouvriers ne révéleraient-ils pas opportunément leur droit quand ils agissent, les uns par saisie-arrêt, les autres par action directe, avant le payement des fonds dus pour les travaux exécutés, et cela nonobstant toute signification de transport antérieure? Une décision affirmative dans les deux cas ne violerait assurément aucun texte de loi positive.

La solution différente dans les deux cas serait tout au plus explicable si le décret de l'an II avait interdit toute signification de transport avant la fin des travaux. Mais il ne l'a pas fait, et les arrêts regardent une telle signification de transport, non pas comme nulle, mais comme opérant une saisine sous la déduction du privilége des ouvriers.

Donc, même en acceptant comme point de départ une différence de nature et de nom entre les ouvriers d'un entrepreneur de travaux publics et les ouvriers d'un entrepreneur de travaux privés, nous contestons la logique des solutions que la jurisprudence en a fait découler en matière de transport.

9. Notre manière de voir est différente et beaucoup plus simple. Les situations sont semblables; les raisons de décider sont identiques; le droit est le même. Les ouvriers ont, dans les travaux privés comme dans les travaux publics, un véritable privilége sur la créance de l'entrepreneur.

Que l'on ne nous reproche pas d'argumenter par analogie d'une loi spéciale pour introduire un privilége dans le droit commun. Nous avons un article du Code civil qui suffit à l'édification de la théorie du privilége à l'occasion des travaux

Digitized by Google

ordinaires. Nous ne demandons pas que l'on étende des travaux publics aux travaux privés la disposition contenue dans la loi de l'an II. Pourquoi le ferions-nous? La loi spéciale aux travaux faits pour l'État ne prononce pas le mot de *privilége* plus que le Code civil. Ces deux monuments législatifs traitent des situations analogues; nous les rapprochons pour en faire jaillir une lumière sur l'intention du législateur. Nous soutenons que la volonté du législateur, non revêtue d'un langage technique d'un côté ni de l'autre, a été la même dans les deux cas. Nous laissons au droit introduit par chacun de ces textes sa sphère d'application. Nous affirmons seulement l'identité de nature des deux droits.

Le droit des ouvriers est un droit de préférence par rapport à la masse des créanciers de l'entrepreneur. C'est là, par la nature des choses, un privilége, un privilége sur une créance.

Ceci reconnu, nous tirons une conséquence : le privilége assis sur une créance dure autant que cette créance. Après la signification d'un transport, la créance existe-t-elle encore? A-t-elle été anéantie ou même seulement novée par la cession? Le maître doit-il encore le prix des ouvrages exécutés par lui? La réponse n'est pas douteuse. La créance née du contrat d'entreprise subsiste; elle a été transmise et non éteinte. Donc le privilége subsiste; donc la créance a passé au cessionnaire grevée du privilége établi par la loi.

Il est vrai que l'entrepreneur cesse, en cédant, d'être créancier, comme il cesserait de l'être par le payement. — Oui, l'entrepreneur cesse d'être créancier, parce qu'il a aliéné sa créance. Mais le propriétaire de la construction cesse-t-il d'être débiteur? Non. A ce point de vue, la cession et le payement ne sont pas comparables. La loi autorise les ouvriers à exiger du maître ce que celui-ci doit à raison de l'ouvrage exécuté. Après le payement, le maître ne doit plus rien; après la cession, il doit encore; il est tenu d'une obligation que la cession n'a pas transformée, obligation née de l'ouvrage exécuté par les ouvriers. Le privilége affecte et suit cette obligation tant qu'elle existe.

10. Il est une considération de fait qui a pu déterminer les magistrats, et dont on peut argumenter contre nous.

Le Code civil accorde privilége aux ouvriers et non aux

Digitized by Google

fournisseurs de matériaux. Si ces derniers ne reçoivent pas comptant le prix de leurs fournitures, ils voudront une garantie. L'entrepreneur leur offrira de leur céder jusqu'à due concurrence sa créance contre le maître. Il est utile que cette cession soit, après signification, pleinement valable.

Nous ferons d'abord observer que faire prévaloir toute cession sur le droit des ouvriers, uniquement parce que les fournisseurs des matériaux peuvent être cessionnaires et sont dignes d'intérêt, c'est dépasser le but. La liberté de la cession que l'on accorde sans limite pourra tourner au détriment des fournisseurs de matériaux aussi bien que des ouvriers. — En outre, même au cas où la cession est faite au profit des fournisseurs de matériaux, la solution n'est pas heureuse. On a dit que la loi accordait un privilége aux ouvriers et non aux fournisseurs de matériaux, parce que les seconds sont plus capables que les premiers de pourvoir à leur sécurité. Est-il raisonnable d'admettre que la prudence et l'habileté des fournisseurs pourra, grâce à des cessions consenties, avoir pour effet de détruire l'avantage accordé par la loi aux ouvriers? Qu'on le remarque bien, nous ne déclarons pas nulle la cession signifiée.

Dans la plupart des cas, le prélèvement de ce qui sera dû aux ouvriers laissera aux fournisseurs de matériaux, dans le reste des sommes dues, de quoi être payé. La cession en garantie, stipulée par les fournisseurs, quoique forcée de respecter le droit des ouvriers, aura tout l'effet qu'elle doit avoir sur le surplus. Elle empêchera l'entrepreneur de disposer du crédit que lui donne sa créance contre le maître pour d'autres emplois que le succès de l'entreprise.

11. Notre opinion fournit, il nous semble, une solution équitable des difficultés que soulève une entreprise ayant besoin de crédit.

L'entrepreneur veut emprunter de l'argent et céder en garantie au prêteur la créance contre le maître.

Cette cession est valable en elle-même. Seulement elle n'est pas opposable à ceux qui ont légalement un privilége sur la créance de l'entrepreneur contre le maître.

Si l'entrepreneur veut se procurer de l'argent dans tout autre but que le succès de l'entreprise, et que notre décision y mette obstacle, rien n'est plus juste, et tous les esprits sensés y applaudiront.

Digitized by Google

Si l'entrepreneur veut, en cédant sa créance, se procurer de l'argent pour payer le salaire des ouvriers, le prêteur n'a qu'à veiller à l'emploi des deniers qu'il prête, ou même se faire subroger dans la quittance; il joindra le bénéfice de la subrogation dans le privilége au bénéfice de la cession en garantie.

Si l'entrepreneur a besoin de l'argent emprunté pour acheter des machines, payer des droits d'entrée, acquitter des dettes relatives à l'entreprise, à l'occasion desquelles aucun privilége n'a été constitué par la loi, le prêteur doit faire ses calculs de telle sorte que, prélèvement fait du salaire dû aux ouvriers, il reste sur le prix dû par le maître une somme suffisante pour le remboursement du prêt. La cession en garantie lui donnera la certitude, non pas de primer les ouvriers, mais d'écarter tout créancier étranger à l'entreprise.

12. Nous croyons à la nature identique du droit dans les deux hypothèses. A qui ce droit de préférence est-il accordé?

Par l'article 1798, aux maçons, charpentiers, serruriers et autres ouvriers;

Par le décret de l'an II, aux créances pour salaires d'ouvriers et aux créances pour fournitures de matériaux.

Une différence est évidente; le décret est plus large dans la concession du privilége que l'article du Code civil. Cette différence, nous la respectons sans l'approuver. Comment devons-nous définir et circonscrire la partie de l'article 1798?

Le décret désigne les créances privilégiées par leurs causes. Le Code civil désigne les personnes qui jouissent du privilége et la nature de leur coopération à l'ouvrage.

Un ouvrage qui exige des travaux de plusieurs sortes est à faire. Un entrepreneur s'en est chargé en totalité. Il traite avec un maçon, un charpentier, un serrurier, pour l'exécution de chaque partie de l'ouvrage répondant à un métier déterminé. L'ouvrier est celui qui s'engage à faire les travaux d'une nature spéciale compris dans l'ensemble de l'ouvrage entrepris. Le maçon fera la maçonnerie; le charpentier, la charpente; le serrurier, les pièces de fer, etc. Le maçon fournira sans doute le plâtre qu'il emploiera; le charpentier,

Digitized by Google

le bois; le serrurier, le fer qu'il façonnera. Est-il dans la pensée de la loi de refuser le privilége légal au prix des matériaux fournis, plâtre, bois, fer? Non. Tout ce qui est dû à l'ouvrier, soit pour son travail, soit pour une fourniture de matériaux, jouira du droit de préférence, car c'est la créance d'un ouvrier qui a participé à l'exécution de l'ouvrage (Paris, 9 août 1863; Pal., 1860, 657; Bordeaux, 8 juillet 1862; Pal., 1863, 1149).

En quoi le décret de la Convention a-t-il une portée plus large que le Code? En ce que, dans les travaux publics, le marchand qui vend des pierres, du bois, du fer, des matériaux bruts, et qui prouve que ces matériaux sont entrés dans la construction, a privilége sur le prix de l'ouvrage en concours avec les ouvriers. Il n'a pas pris part à la construction; il n'a pas travaillé pour partie à l'ouvrage; il n'est pas un des ouvriers de la construction; néanmoins il peut frapper d'une saisie privilégiée le prix encore dû de l'ouvrage.

Dans des travaux privés, ce marchand qui a fourni des matériaux propres à servir à une construction ou à une autre, qui a fourni des éléments bruts au travail d'autrui et non un travail personnel pour la construction elle-même, qui n'a pas coopéré directement à l'ouvrage dont le prix est dû, ne saurait se prévaloir de la disposition de l'article 1798. Le lien qui unit cette créance à l'ouvrage entrepris est beaucoup plus lâche. (V. Bordeaux, 30 nov. 1850; Pal., 1859, 879.)

13. Plaçons entre l'entrepreneur général et les ouvriers proprement dits un sous-entrepreneur. Celui-ci, qui s'est engagé, moyennant un prix ou un tarif convenu, à faire exécuter une partie des travaux, a-t-il un privilége sur la créance de l'entrepreneur général contre le maître de l'ouvrage? La jurisprudence le nie : « La loi accorde une faveur aux ouvriers; le sous-entrepreneur n'est pas un ouvrier. Le traité qu'il conclut a un caractère de spéculation et d'opération industrielle pour lesquelles n'a pas été créé le privilége de l'article 1798. » (Cass., 11 nov. 1867; J. P., 1867, 1157.)

Les ouvriers employés par les sous-entrepreneurs ont-ils, néanmoins, nonobstant cet intermédiaire, action directe contre le maître et sur le prix de l'ouvrage? Les tribunaux l'admettent, et il est difficile de le contester en présence de l'article 1798, qui ne distingue pas entre les ouvriers employés

Digitized by Google

à la construction, selon qu'ils ont loué leurs services à l'entrepreneur ou à un sous-entrepreneur.

Ces deux solutions ne sont pas inconciliables entre elles.

Un créancier peut avoir privilége sur un bien appartenant à un autre que son débiteur. Les ouvriers créanciers du sous-entrepreneur peuvent donc avoir un droit de préférence sur une créance qui appartient, non à leur débiteur, mais à l'entrepreneur général.

On explique la loi ainsi comprise en disant que la loi est favorable aux ouvriers fort peu riches et peu capables de stipuler des garanties; elle laisse sous l'empire du droit commun le sous-entrepreneur, homme de plus de prévoyance et de ressources.

14. Cette théorie ne nous satisfait pas.

De l'ouvrier on s'élève insensiblement jusqu'à l'entrepreneur par des intermédiaires dont nous devons étudier la situation.

Parmi les ouvriers, nous compterons sans hésiter le contremaître, qui est préposé à la surveillance et direction des autres. Son genre de travail est plus relevé; mais fournissant son travail personnel pour un salaire, il est un ouvrier.

Faisons observer qu'ouvrier n'est pas synonyme de manouvrier.

Au-dessus de l'ouvrier qui travaille ou qui surveille, mais qui n'a pas sous ses ordres d'ouvriers par lui-même engagés et travaillant à son compte, nous trouvons l'ouvrier tâcheron, qui travaille lui-même de ses mains et a en outre à son compte des ouvriers dont il procure et dont il salarie le travail. Lui contesterons-nous le privilége? Les magistrats ne le lui refusent point, parce que, disent-ils, travaillant lui-même, il mérite la dénomination d'ouvrier et qu'il entre ainsi dans le cadre de la loi.

Puis vient le maître maçon, le maître charpentier, le maître serrurier, qui entreprend toute la maçonnerie, toute la charpente. toute la serrurerie du bâtiment. Il a des ouvriers sous ses ordres; il ne travaille pas de ses mains, mais il travaille de la tête et des yeux; il dirige et rend utile, fécond le travail manuel des autres; il fait en sorte qu'une partie de l'ouvrage soit accomplie. Mérite-t-il la dénomination d'ouvrier?

On hésite; la négative l'emporte. On agite la question

Digitized by Google

comme s'il s'agissait de déterminer une condition sociale, d'assigner un rang dans la hiérarchie des travaux industriels. Mais c'est dénaturer le sens dans lequel la loi emploie le mot *ouvrier*. L'ouvrier est celui qui concourt, coopère, sous l'entrepreneur à l'accomplissement de l'ouvrage. Une autre expression dont la loi se sert éclaicit sa pensée, c'est celle de charpentier, serrurier, maçon. L'agent dont nous parlons mérite-t-il la dénomination de charpentier, serrurier, menuisier, maçon? Oui, sans doute. C'est la spécialité des occupations et non la nature manuelle et subordonnée des travaux qui justifie les noms. La distinction légale entre l'entrepreneur et l'ouvrier réside dans ce fait, que l'un, l'entrepreneur, se charge de l'ouvrage entier, avec les différentes sortes de travaux que l'ouvrage embrasse; l'autre, le charpentier, etc., en résumé l'ouvrier, se charge secondairement de la partie de l'ouvrage répondant à une nature spéciale de travaux; que ce dernier exécute ou fasse exécuter, il n'importe.

Nous pouvons argumenter de solutions antérieurement émises avec l'appui de la jurisprudence des arrêts et que renferme en germe et d'une façon virtuelle celle que nous proposons en ce moment. Qu'objecte-t-on au sous-entrepreneur de la maçonnerie, de la charpente? 1° qu'il travaille de la tête et non de ses mains? Il en est de même du contre-maître qui est classé parmi les ouvriers; — 2° qu'il a des ouvriers sous ses ordres, qu'il spécule sur le travail des autres? Il en est de même du tâcheron, qui n'est pas pour cela exclu du nombre des ouvriers.

15. L'article 1799 du Code civil fournit un appui à notre opinion : « Les maçons, charpentiers, serruriers, ou autres ouvriers qui font directement des marchés à prix fait, sont astreints aux règles de la présente section; ils sont entrepreneurs dans la partie qu'ils traitent. »

Nous ne voulons déduire de cet article qu'une seule idée, le sens du mot *ouvrier* dans le langage de la loi. Le maçon qui traite directement pour la maçonnerie d'une construction, qui fait un marché, qui entreprend une partie de l'ouvrage, ne cesse pas pour cela d'être compris dans l'expression général d'ouvriers. Il fera faire la partie de l'ouvrage dont il se charge : qu'importe? L'importance plus ou moins

Digitized by Google

grande du rôle qu'il prend ne l'empêche pas d'être un ouvrier, un charpentier, un serrurier, etc.

Nous en concluons que si le maître maçon, charpentier, serrurier, devient entrepreneur pour la partie de l'ouvrage dont il se charge en traitant directement avec le maître, les ouvriers par lui employés auront pour leur salaire privilége sur sa créance. Cela n'est pas contestable.

Nous en concluons aussi que, si le maître maçon a traité avec un entrepreneur général et non directement avec le maître pour la partie de l'ouvrage dont il se charge, il aura, comme ouvrier, privilége sur la créance de l'entrepreneur contre le maître. C'est la solution de la difficulté qui nous occupe.

16. La chaîne est rétablie dans son unité. L'ouvrier employé par un tâcheron a privilége sur la créance du tâcheron; le tâcheron qui a traité avec un maître maçon, maître charpentier, a privilége sur la créance de ce maître maçon. Le maître maçon, qui a traité avec l'entrepreneur général, a privilége sur la créance de cet entrepreneur contre le propriétaire.

Dans ce système, les ouvriers employés par le sous-entrepreneur peuvent, en combinant leur privilége avec le privilége de ce sous-entrepreneur, former saisie-arrêt entre les mains du propriétaire débiteur du prix de la construction. L'argent devra servir premièrement à solder leurs salaires. Si le propriétaire s'est acquitté de sa dette envers l'entrepreneur, les ouvriers n'auront plus à exercer que leur propre privilége sur la créance du sous-entrepreneur contre l'entrepreneur général.

Si, d'un autre côté, les ouvriers ont été payés de leurs salaires par le sous-entrepreneur, celui-ci usera, pour être remboursé de cette avance, du privilége que nous lui reconnaissons sur la créance de l'entrepreneur contre le propriétaire.

17. Cette dernière solution est digne de remarque; elle comble une lacune fâcheuse qui existe dans la jurisprudence.

Le sous-entrepreneur a payé le salaire des ouvriers; il a éteint à ses dépens le privilége des ouvriers. Il est créancier d'une somme totale qui, calculée d'une manière quelconque d'après les éléments d'un tarif convenu, est destinée à l'indemniser de l'avance qu'il a faite. Peut-il prétendre à une

Digitized by Google

subrogation légale dans le privilége des ouvriers qu'il a désintéressés? Un vague sentiment d'équité a fait soutenir l'affirmative. La Cour de cassation a repoussé cette prétention, qui ne s'adapte en effet à aucun des cas de subrogation légale précisés dans l'article 1251 du Code civil. Le sous-entrepreneur a payé sa dette. Il n'est ni débiteur accessoire, ni tiers détenteur; il est débiteur principal et n'a pas de coobligés. (V. arrêt du 2 février 1866; P. 1866, p. 249.)

La solution est juridique; mais elle révèle une imperfection dans la loi ou mieux dans l'interprétation de la loi. Est-ce que le prix dû par le maître ne doit pas servir à payer par préférence tous ceux qui sont créanciers soit pour avoir travaillé, soit pour avoir fait travailler à la construction, et ceux qui sont créanciers pour un travail direct, et ceux qui, à raison d'une participation à l'entreprise, ont été forcés de faire des avances aux ouvriers? En matière de privilége, n'est-ce pas la cause de la créance plus que la personne qu'il faut considérer? Le décret de l'an II n'a-t-il pas très-bien rendu cette idée en accordant privilége à la créance pour salaire? Le bon sens regarde ces considérations comme toutes puissantes.

Or ces considérations d'équité trouvent leur satisfaction logique et juridique dans notre théorie.

Le sous-entrepreneur a privilége pour tout ce qui lui est dû. Ce privilége peut être invoqué par les ouvriers qu'il a employés; invoqué par ceux-ci avec succès, il profite au sous-entrepreneur qui s'est libéré de sa dette envers les ouvriers. Si les ouvriers ont été payés par le sous-entrepreneur, alors c'est le sous-entrepreneur lui-même qui exerce le privilége, et il l'exerce en ce cas pour une créance plus considérable. Il obtient ainsi justement le remboursement de ce qu'il a avancé pour faire exécuter une partie de l'ouvrage. Il ne doit pas être et il ne sera pas en perte pour avoir coopéré à ses dépens à l'entreprise [1].

18. Nous objectera-t-on que dans notre système le sous-entrepreneur comprendra dans son mémoire, à la totalité

[1] La plupart des raisons que nous avons présentées s'appliquent à un sous-entrepreneur qui se serait chargé des travaux de diverses natures se référant à une partie de la construction entreprise; il a fait exécuter une partie de l'ouvrage.

Digitized by Google

duquel s'applique le privilége, des sommes répondant à des fournitures faites et non pas seulement à des travaux exécutés? Or, dira-t-on, le Code civil n'accorde pas privilége aux fournisseurs de matériaux. L'objection ne doit pas nous ébranler.

Nous avons essayé de démontrer que le mot *ouvriers* dans les articles 1798 et 1799 embrasse quiconque se charge d'exécuter ou de faire exécuter un ouvrage, une construction. Celui qui entreprend la maçonnerie fournira des matériaux, et non pas seulement le travail d'ouvriers sous ses ordres. Il n'importe. Il emploie tous les moyens nécessaires pour qu'une partie de l'ouvrage soit accomplie. La cause de son privilége réside, non dans la nature des éléments qu'il emploie, mais dans sa participation à l'exécution de l'ouvrage. Il contribue à la construction; il a privilége sur le prix de la construction.

Le fournisseur de matériaux n'est pas privilégié, cela est vrai; mais nous l'entendons de celui qui vend des matériaux informes, ou pour une destination quelconque qui ne prend pas la peine de les façonner, de les faire entrer comme partie intégrante dans l'ensemble de l'œuvre, de celui dont on ne peut pas dire qu'il a exécuté une partie de l'ouvrage.

Cette solution est conforme à l'esprit de la jurisprudence qui accorde action directe à l'ouvrier dont la créance comprend le prix de fournitures faites, lorsque cet ouvrier a fourni son travail manuel en même temps que les matériaux par lui achetés. (V. Bordeaux, 8 juillet 1862; Pal., 1863, 1149.) Seulement, pour nous, celui qui fournit son travail intellectuel pour faire concourir à la réalisation d'une partie de l'ouvrage le travail des uns, les fournitures des autres, mérite la dénomination d'ouvrier. L'article 1798 lui est applicable.

19. Le privilége que nous proposons de reconnaître au sous-traitant ou au sous-entrepreneur a été formellement consacré relativement à certains travaux par un acte législatif.

Il s'agit des travaux exécutés ou des fournitures faites pour le compte de l'administration de la guerre.

Les sous-traitants non payés par le traitant remettront les pièces de leurs fournitures à l'ordonnateur qui délivrera en échange un bordereau. Le trésor public recevra les oppositions des sous-traitants porteurs des bordereaux arrêtés par les ordonnateurs. Les sous-traitants auront un privilége spé-

Digitized by Google

cial sur les sommes à payer à l'entrepreneur (décrets du 13 juin et du 12 décembre 1806).

Nous savons que ces décrets s'occupent de l'administration de la guerre. Mais, en vérité, ou la législation est un ensemble de dispositions incohérentes, ou les sous-traitants doivent être, par identité de motifs, autorisés à jouir du même avantage dans tous les travaux, dans toutes les entreprises, dans tous les marchés de fournitures, qu'ils concernent la paix ou la guerre. La raison de décider est la même; sans la dépense et la fourniture faites par le sous-traitant, l'entrepreneur ne serait pas créancier de l'État. Il y aurait une spoliation si, devant le sous-entrepreneur impayé, les créanciers de l'entrepreneur restés étrangers à l'exécution de l'entreprise prenaient une part des fonds dus par l'État. Nous croyons juste et légal d'observer les décrets de 1806 dans tous les travaux publics.

La raison demande davantage; le principe réglementé dans les décrets de 1806 pour les traités passés avec l'administration de la guerre, doit être un principe général, applicable à tous les travaux publics ou privés.

Nous n'arrivons pourtant pas, quoi que nous suggère la raison naturelle, à une assimilation complète entre les travaux privés et les travaux publics. Nous voulons rester de fidèles interprètes du droit positif.

S'agit-il de travaux privés? Quiconque a pris une part à l'exécution de l'ouvrage entrepris est ouvrier, a privilége. Il a privilége, soit pour le salaire de la main-d'œuvre, soit pour le prix des matériaux entrés dans la composition de l'ouvrage.

Quiconque a vendu des matériaux sans se charger de les approprier, de les adapter, de les incorporer à l'œuvre entreprise, reste en dehors de la disposition bienveillante de l'article 1798. Il n'a pas coopéré à l'œuvre; il n'a pas droit de préférence sur le prix de l'œuvre accomplie.

S'agit-il de travaux publics? Le privilége appartient aux créances pour salaire d'ouvriers et aux créances pour fournitures de matériaux. Le principe de ce privilége est dans le décret-loi de l'an II. Point de distinction entre les personnes : est-ce l'ouvrier, est-ce le fournisseur, est-ce un sous-entrepreneur, est-ce un sous-traitant qui réclame, cela importe peu. La loi regarde la créance et non la personne. Le sous-

Digitized by Google

entrepreneur ou sous-traitant est-il créancier à raison de travaux faits ou à raison de matériaux fournis? Oui; sa créance est privilégiée.

Les décrets de 1806 qui, à propos de l'administration de la guerre, ont régularisé l'exercice du privilége, n'ont pu restreindre la portée large et raisonnable du décret de la Convention. J. E. LABBÉ

(*La fin à la prochaine livraison.*)

DE LA RESPONSABILITÉ DES FONCTIONNAIRES PUBLICS

SOUS L'EMPIRE DU DÉCRET DU 19 SEPTEMBRE 1870.

Par M. Paul BERNARD, conseiller à la Cour de Dijon.

(*Suite et fin de la première partie*[1].)

La législation de l'an VIII avait réservé à l'autorité judiciaire un rôle fort restreint; il serait injuste toutefois d'en nier l'importance. Suivant l'article 3 du décret du 9 août 1806, la disposition de l'article 75 ne faisait pas obstacle à ce que les magistrats chargés de la poursuite des délits informassent et recueillissent tous les renseignements relatifs aux délits commis par des agents du gouvernement dans l'exercice de leurs fonctions. Ceci était un progrès sur le droit intermédiaire. En ce cas il ne pouvait être décerné aucun mandat ni procédé à aucun interrogatoire régulier sans l'autorisation du gouvernement. C'était quelque chose que de permettre à la justice de prendre les mesures conservatoires, de vérifier les charges, de recevoir les témoignages, en un mot de mettre le délit en relief et de constater son existence d'une façon tellement irrécusable que dans certains cas au moins le corps administratif dût être lié par la puissance des faits et reculer devant un déni de justice imposé par le bien public. Il devait en être ainsi pour les crimes étrangers à la fonction et à la perpétration desquels celle-ci servait de prétexte ou d'instrument. C'est seulement en matière poli-

[1] V. *Revue critique*, août 1876, p. 515.

Digitized by Google

tique que les considérations de justice ont paru indifférentes au Conseil d'État.

Nous avons indiqué que l'autorité judiciaire avait aussi le droit de déclarer si l'inculpé était agent du gouvernement et si l'acte incriminé était relatif aux fonctions. Il ne nous appartient pas de rechercher pourquoi celle-ci ne sut pas résister à la tendance des gouvernements vers l'accroissement insensible du privilége. Il semble que, pour se défendre contre cet esprit qui a poussé de tout temps les gouvernements à dépasser les limites nécessaires de la garantie constitutionnelle, il lui eût suffi de rester fidèle à cette grande maxime philosophique par laquelle des jurisconsultes romains signalaient à la fois le caractère des priviléges et la règle à observer à leur égard : « odia restringenda. » Suivant M. Poitou, c'est le propre des priviléges de tendre sans cesse à s'accroître, d'y employer la logique, et à défaut de la logique, le sophisme, jusqu'à ce que, d'excès en excès, le vice du principe éclate à tous les yeux et amène, par sa violence même, une réaction. C'est cette loi morale dont le pouvoir judiciaire et le pouvoir administratif ont subi l'influence.

V

Néanmoins, tandis qu'elle poursuivait sa marche ascendante sous les divers gouvernements qui se l'étaient léguée tour à tour comme une arme précieuse, la loi qui livrait au bon plaisir d'un corps politique dépendant du pouvoir la responsabilité des fonctionnaires, provoquait des adversaires et des réformateurs. Cette règle audacieuse, suivant l'expression de Tocqueville, qu'on avait pratiquée dans toutes les monarchies absolues, et qu'avant Napoléon aucun monarque n'avait osé formuler dans un Code, s'abritait désormais sous la triple consécration de la tradition, d'une promulgation légale et d'une imposante jurisprudence. La Charte de 1814 n'eut garde de la répudier, malgré sa prétention de rompre avec les errements du despote détroné. Sans même la viser, le gouvernement nouveau s'en servit et la consacra par voie indirecte dans la loi du 8 décembre 1814, qui ordonnait « que les préposés ou employés de la régie prévenus de crimes ou délits dans l'exercice de leurs fonctions seraient poursuivis

Digitized by Google

et traduits, dans les formes communes à tous les autres citoyens, devant les tribunaux compétents, sans autorisation préalable ».

Mais quand au retour de l'île d'Elbe l'empereur vit limiter son pouvoir absolu, il dut accepter la promesse que Benjamin Constant avait insérée dans dans l'acte additionnel de modifier par une loi l'article 75. « D'après cet article, disait ce publiciste dans ses *Principes de politique*, on ne pouvait poursuivre la réparation d'aucun délit commis par le dépositaire le plus subalterne de la puissance publique, sans le consentement formel de l'autorité. Un citoyen était-il maltraité, calomnié, lésé d'une manière quelconque par le maire de son village, la Constitution se plaçait entre lui et l'agresseur. Il y avait ainsi, dans cette seule classe de fonctionnaires, quarante-quatre mille inviolables au moins, et peut-être deux cent mille dans les autres degrés de la hiérarchie. Ces inviolables pouvaient tout faire sans qu'aucun tribunal pût instruire contre eux, tant que l'autorité supérieure gardait le silence. L'acte constitutionnel que nous possédons a fait disparaître cette disposition monstrueuse. »

La promesse ne fut pas réalisée. Cependant les attaques continuèrent de la part d'éminents jurisconsultes, tels que Toullier et le vénérable Henrion de Pansey qui avaient gardé inébranlable leur vieille fidélité aux libertés fondamentales. Ils soutinrent énergiquement que la Charte avait implicitement abrogé l'article 75 et que le Conseil d'État ayant cessé d'être un pouvoir politique pour devenir Conseil du roi, dépendant des ministres, émettant des avis et non des décisions, ne pouvait statuer sur la responsabilité des agents du gouvernement, sans annihiler le principe constitutionnel de la responsabilité ministérielle. « Il est certain, disait Toullier, que sous l'empire de cette disposition tyrannique, la liberté individuelle, la sûreté même des citoyens n'étaient point suffisamment garanties, puisqu'elle enchaînait la faculté de poursuivre devant les tribunaux qui en sont les gardiens naturels, les personnes dont les attentats contre ces libertés sont le plus à redouter... Or, cette disposition est contraire à la Charte, à son esprit, aux principes constitutionnels... On ne peut donc l'invoquer aujourd'hui pour donner aux prévaricateurs puissants ou protégés un brevet d'impunité,

Digitized by Google

comme le disait énergiquement le vertueux Mounier, préfet d'Ille-et-Vilaine et conseiller d'État. » La Cour de cassation rejeta cette théorie par ce motif que la disposition prescrivant l'autorisation préalable était exclusivement relative à l'ordre administratif et ne se référait nullement à l'ordre politique et que d'ailleurs, par une disposition générale (art. 68), la Charte avait maintenu les lois auxquelles il n'était pas formellement dérogé[1].

L'autocratie des maires, signalée par les pamphlets de Paul-Louis Courrier, s'épanouit en liberté, et la garantie constitutionnelle continua à mériter cette amère critique : « Monsieur le maire envoie ses gens et ses chevaux caracoler tout au travers de nos contredanses. Son valet, qui est Italien, disait en nous foulant aux pieds : « *Gente codarad e vile, soffrirai questo e peggio !* » Il prétend, ce valet, que notre nation est lâche et capable de tout endurer désormais ; que ces choses chez lui ne se font point. Ils ont, dit-il, dans son pays, deux remèdes contre l'insolence de messieurs les maires, l'un appelé Stilettata, l'autre Scopettata. Ce sont leurs garanties, bien meilleures selon lui que notre Conseil d'État. Où Scopettade manque Stilletade s'emploie; au moyen de quoi le peuple se fait respecter. Sans cela, dit-il, le pays ne serait pas tenable. Pour moi, je ne sais ce qu'il en est; mais semblable recette chez nous n'étant point d'usage, il ne me reste qu'un parti, de vendre ma besace et déloger sans bruit[2]. »

VI

La Charte de 1830 promit à son tour (art. 69) de pourvoir par des lois séparées à la responsabilité des ministres et à celle des autres agents du pouvoir, Deux projets furent successivement présentés à la Chambre des députés. Celui de 1832 n'eut pas l'honneur d'être discuté. Celui de 1835 fut abandonné avant sa présentation à la Chambre des pairs. Suivant ce dernier tout citoyen pouvait porter sa plainte devant la Cour royale pour obtenir l'autorisation de poursuivre soit au criminel, soit au civil, le fonctionnaire qui

[1] Crim. cass., 29 juillet 1824.
[2] *Gazette du Village*, 1823.

Digitized by Google

l'avait lésé. La Cour déclarait s'il y avait lieu à suivre. Mais le ministre conservait le droit, après examen de la procédure, de repousser ou de revendiquer la responsabilité de l'acte de son subordonné. Dans le premier cas l'agent était jugé suivant les formes de droit commun; dans le second, le ministre et l'agent ne pouvaient être traduits que devant la Chambre des pairs, avec l'autorisation de la Chambre des députés. Quelle que fût la juridiction, le plaignant devait se constituer partie civile. Il encourait, s'il succombait, une amende de 100 francs, laquelle pouvait être portée à 2,000 francs s'il avait assigné un fonctionnaire gratuit. Cette peine était indépendante des dommages-intérêts.

Ainsi à l'autorité presque intéressée du Conseil d'État on substituait l'autorité indépendante des Cours souveraines : c'était là un progrès sérieux.

L'administration néanmoins était traitée plus favorablement que le citoyen qui se disait lésé. Son action politique ou administrative était sauvegardée par la faculté exorbitante accordée au ministre d'enrayer la poursuite, par la nécessité de l'autorisation préalable de la Chambre des députés, par la haute et exceptionnelle juridiction qui devait en connaître, et enfin par la menace de peines pécuniaires contre les plaignants téméraires. Quant aux citoyens, leur droit eût certainement, dans ce système, été garanti dans tous les cas où le ministre aurait laissé la poursuite suivre son cours, puisque seule l'autorité judiciaire était appelée à en connaître. Mais dans les cas où le ministre eût mis obstacle à la poursuite, par son intervention personnelle, combien aurait-on trouvé de citoyens assez hardis, assez riches, assez puissants pour oser s'attaquer à un ministre, se mettre en instance devant le Corps législatif pour obtenir l'autorisation de poursuivre, puis enfin soutenir une lutte inégale devant la Chambre des pairs contre le gouvernement. C'était encore l'arbitraire.

Malgré l'infériorité si marquée de la situation des justiciables lésés vis-à-vis des fonctionnaires prévaricateurs, le droit de la victime parut trop menaçant encore à l'administration. Ce qu'elle redoutait, c'était d'abord la décision de la Cour qui était de nature à emporter, à elle seule, un grave préjugé de l'illégalité des actes dénoncés; c'était en outre la publicité des débats devant la Chambre des pairs; c'était aussi le

Digitized by Google

contrôle de l'opinion publique qu'il faudrait subir désormais au lieu des délibérations secrètes du Conseil d'État.

Mais ce qu'il faut retenir de cette tentative de réforme, c'est la condamnation expresse qui fut prononcée à cette époque par la Chambre des députés du pouvoir discrétionnaire du Conseil d'État. M. Sauzet, son rapporteur, disait en effet : « Le principe de la responsabilité est incontestable. Mandataires de la société pour le bien public, il ne faut pas que les dépositaires de l'autorité puissent en abuser impunément pour l'injustice et l'oppression.... La considération des obstacles que rencontre aujourd'hui l'acceptation des fonctions publiques avait déterminé quelques esprits à demander le maintien de l'autorisation préalable du Conseil d'État, comme condition de toute poursuite civile ou criminelle contre les fonctionnaires publics. Suivant eux, le Conseil d'État, par la nature de ses fonctions, par la spécialité de ses connaissances, par sa situation même auprès du pouvoir, pourrait seul apprécier sagement des plaintes administratives, et, par sa ferme protection, rassurer les fonctionnaires contre le débordement des haines et des tracasseries privées. Cette opinion ne pouvait prévaloir. L'article 75 était regardé dès longtemps comme incompatible avec la vérité du gouvernement constitutionnel. Les meilleurs esprits, les amis les plus sincères de nos libertés en demandaient la réformation, même sous la Charte de 1814. Son maintien serait un véritable anachronisme aujourd'hui, depuis que la Charte de 1830, en annonçant une loi sur la responsabilité des agents du pouvoir, a promis aux citoyens une garantie qui ne laissât plus leurs plaintes à la discrétion du pouvoir... Sans doute, tant que les fonctionnaires se sont renfermés dans le cercle de leurs attributions, l'usage indiscret ou irréfléchi qu'ils en ont fait ne saurait fonder contre eux une responsabilité ; la société les a faits magistrats et les magistrats ne sauraient être comptables de leurs erreurs. Mais quand ils ont évidemment dépassé les limites de leur autorité, quand leurs actes ne sont que des excès de pouvoir sans excuse, on ne pourrait, sans danger, les couvrir de l'inviolabilité. Le gouvernement l'a compris, et au lieu de couvrir les fonctionnaires d'une sorte d'inviolabilité administrative, il a posé à leur égard les règles de la responsabilité criminelle et de la

Digitized by Google

responsabilité civile, et il a attribué aux tribunaux le jugement de l'une et de l'autre. *La compétence judiciaire était forcée. L'amovibilité et le mode d'organisation du Conseil d'État ne permettaient pas de lui laisser en cette matière la souveraineté discrétionnaire du pouvoir.* »

Les anciens errements continuèrent.

VII

La révolution de février 1848 renversa le trône mais non l'article 75. Une loi promise, un projet préparé par une commission dont M. Crémieux fut le rapporteur, et c'en fut assez pour épuiser les efforts généreux déployés par le gouvernement de cette époque pour modifier une disposition constitutionnelle dont le rapporteur du projet de loi disait qu'elle avait amené « les plus graves abus ». A vrai dire, la commission avait été effrayée d'une réforme qui replacerait les fonctionnaires du nouveau gouvernement sous l'empire du droit commun. Elle préféra invoquer, comme par le passé, les exigences impérieuses de la séparation des pouvoirs, de l'indépendance de l'administration et partant le droit de légitime défense qui lui appartenait contre les appréciations indiscrètes, jalouses ou malveillantes de l'autorité judiciaire.

Voici quelles étaient les principales lignes de ce projet. L'autorité judiciaire et l'autorité administrative doivent être profondément séparées. Cette séparation des deux pouvoirs est une des bases essentielles de l'ordre et de la sécurité publique. Mais ce qui résulte de ce principe, même envisagé comme règle absolue, c'est que le pouvoir judiciaire ne doit pas statuer sur la légalité ou la validité des actes administratifs, c'est que le pouvoir administratif doit seul prononcer. — Il examine, annule ou consacre. S'il consacre, le fonctionnaire est à l'abri de toute poursuite; s'il annule soit pour illégalité, soit pour excès de pouvoir, que reste-t-il? Un fait répréhensible qui tombe nécessairement sous l'empire de la loi commune.

Ce principe posé que l'administration reste juge et partie, les modifications de détail ne pouvaient avoir que peu d'importance. Quelques-unes cependant méritent d'être signalées.

Digitized by Google

Pour *les faits étrangers à la fonction*, la poursuite était libre. Cette expression était le pendant de celle employée dans l'article 75. Dire que l'on soumettrait à l'autorisation les faits relatifs aux fonctions et qu'on exclurait de l'autorisation les faits étrangers aux fonctions, c'était parler un langage obscur et permettre à la jurisprudence ces extensions à l'infini que l'on avait pris soin de blâmer. Pour les faits relatifs à la fonction, les agents étaient divisés en deux catégories. Les préfets, sous-préfets, maires, adjoints, consuls, vice-consuls, gouverneurs des colonies, commandants militaires, préfets et commissaires généraux de police, étaient protégés par l'autorisation préalable du Conseil d'État. Le conseil de préfecture statuait sur la demande de poursuites contre tous les autres agents, sauf recours au Conseil d'État.

L'information était réglée comme il suit : le procureur général saisi de la plainte devait en faire rapport à la Cour. Une information avait lieu dans le mois. Une ordonnance de non-lieu pouvant intervenir, c'était là une première garantie accordée au fonctionnaires contre de haineuses tracasseries. Du reste, sauf le cas de flagrant délit, l'autorité judiciaire ne pouvait ni décerner un mandat, ni procéder à un interrogatoire. Si, de l'information, il résultait des présomptions de crime, délit ou excès de pouvoir, le procureur général devait la transmettre au président du Conseil d'État, chargé de saisir le comité du contentieux. L'audience devait être publique. Le plaignant et l'inculpé avaient le droit d'intervenir et de discuter la plainte personnellement ou par l'organe de leurs défenseurs; le ministère public était entendu; le jugement était motivé.

Cette décision devait être rendue dans les deux mois. Si elle autorisait les poursuites ou si ce délai s'était écoulé sans décision, l'affaire était reportée devant la Cour qui prononçait dans les formes ordinaires de la chambre d'accusation.

L'acte présentait-il les caractères d'un crime qualifié par la loi pénale, une ordonnance de prise de corps était rendue, le jury était saisi. Était-ce un fait politique ou une atteinte à l'une des libertés politiques garanties aux citoyens, la chambre d'accusation devait renvoyer encore l'agent devant le jury sans arrestation préventive et il pouvait être prononcé contre lui un emprisonnement d'un mois à six mois,

Digitized by Google

et une amende de 50 francs à 1,000 francs. Était-ce un délit ordinaire, la Cour devait en connaître dans les termes de l'article 479 du Code d'instruction criminelle. — L'action civile était portée aussi devant la première chambre de la Cour. Elle était prescrite par le délai d'une année. La procédure suivie devant les tribunaux administratifs interrompait la prescription.

Il faut louer dans ce projet les dispositions relatives à la publicité des débats devant le Conseil d'État et le conseil de préfecture. Cette innovation constituait un progrès d'autant plus marqué sur la procédure secrète en usage, que, d'après la loi organique du Conseil d'État, les membres de ce corps devaient être élus par l'Assemblée nationale.

Quoi qu'il en soit, ce projet n'était qu'un replâtrage médiocre du système en vigueur. Son inconvénient le plus sérieux était de laisser l'administration maîtresse souveraine de ses agents et de répartir la responsabilité des autorisations entre tous les conseils de préfecture au lieu de la concentrer dans un corps unique et plus indépendant. La centralisation des décisions du Conseil d'État avait au moins l'avantage d'éloigner l'agent incriminé des intrigues et des divisions locales, d'éviter les conflits entre le pouvoir judiciaire désireux de faire triompher la loi et le pouvoir administratif trop enclin peut-être à la faire plier devant l'intérêt de ses subordonnés, de placer enfin le droit d'autorisation dans une sphère plus élevée et plus indifférente aux rivalités provinciales et aux intérêts de clocher.

Quant à l'intervention des Cours d'appel, elle n'était plus une garantie, puisqu'elle ne devenait réellement active qu'au gré des juridictions administratives et que les protections du droit commun suffisent assurément, dans cette hypothèse, aux fonctionnaires dénoncés.

Enfin on ne saurait trop blâmer cette disposition générale qui, sous prétexte de combler les lacunes de la loi pénale, aurait exposé à une condamnation dérisoire de un à six mois d'emprisonnement les fonctionnaires coupables d'un attentat aux libertés publiques non prévu par les lois criminelles. Suivant nous, le libéralisme du projet de loi adopté en 1835 par la Chambre des députés serait plus digne d'un gouvernement républicain que la variante du système de l'an VIII

Digitized by Google

que nous venons d'analyser. Le gouvernement trouva sans doute plus commode de maintenir l'ancien état de choses. En 1850, sous la Législative, sur la proposition d'un député, M. Pradié, le projet fut renvoyé au Conseil d'État, où il tomba dans l'oubli qu'il méritait.

VIII

Sous l'Empire, le privilége de l'autorisation administrative devint une institution intolérable, parce que les citoyens perdirent toutes les garanties accessoires qui étaient de nature à diminuer les dangers du despotisme. En échange de sa responsabilité souveraine, Napoléon III stipula l'inviolabilité de ses agents, mais avec des aggravations que les régimes précédents n'avaient pas connues. La responsabilité ministérielle était supprimée. La presse était placée sous la juridiction discrétionnaire de l'administration et ne pouvait efficacement dénoncer les abus de celle-ci. D'ailleurs, la preuve des faits dits diffamatoires imputés à un fonctionnaire, même pour les actes relatifs à leurs fonctions, ne pouvait plus être faite. De telle sorte que celui qui remplissait un devoir, en dénonçant un abus de pouvoir, payait fatalement d'une répression l'acte de courage qu'il avait accompli. L'autorité publique seule avait le droit d'élever la voix au milieu de ces ténèbres légales dans lesquelles on pouvait ensevelir les attentats aux libertés individuelles. La fermeté et l'indépendance de l'autorité judiciaire étaient exposées à se briser contre les barrières administratives. Au citoyen lésé par un acte illégal il ne restait que le droit de pétition qui ressortissait exclusivement au Sénat, c'est-à-dire à une assemblée dont les membres étaient nommés par l'empereur, ou le recours au Conseil d'État qui pouvait, dans la crainte d'affaiblir le prestige de l'autorité, fermer à la victime tous les prétoires de la justice. Plus d'une fois des abus de pouvoir éclatants, que nul ne saurait défendre, vinrent désoler les amis du gouvernement de l'Empire, et le Conseil d'État se déclara désarmé du droit de les réprimer.

L'empereur, toujours préoccupé de la nécessité de maintenir l'ordre public, avait méconnu ces principes d'habileté politique qu'on ne gouverne sagement un pays qu'avec des

Digitized by Google

agents indépendants et tenant pour la plus précieuse des récompenses l'affirmation de leur conscience qu'ils sont restés constamment fidèles à la loi; qu'on protége l'administration en réprimant les fautes de ses membres, non en les couvrant; qu'on ne raffermit jamais l'autorité par l'exercice arbitraire du pouvoir, mais par le respect scrupuleux de la loi; que le prétendu dévouement inspiré aux agents administratifs par l'impunité accordée à un acte illégal dégénère facilement en un zèle aveugle, tracassier, intempestif, qui place son triomphe uniquement dans le succès, sans se préoccuper de la loyauté des moyens; enfin, que le mépris de la loi engendre le servilisme chez les uns, le découragement chez d'autres et fait oublier les bienfaits les plus sérieux, les intentions les plus louables.

La garantie constitutionnelle fut, sous l'Empire, une arme à deux tranchants funeste aux justiciables comme au pouvoir, parce qu'on la mania quelquefois dans un intérêt exclusivement politique. D'après des recherches faites pour apprécier le rôle du Conseil d'État, il faut reconnaître, à sa louange, qu'il ne refusait pas au ministère public l'autorisation de poursuivre les crimes dénoncés à sa requête. Mais il était fort avare envers les simples particuliers, puisque sur deux cent soixante-quatre demandes formées de 1852 à 1864, il n'en aurait accueilli que trente-quatre, la plupart contre des agents de l'ordre inférieur. Quant aux fonctionnaires de l'ordre politique, il semble que le Conseil d'État ait tenu, pour ne pas les décourager, à n'en sacrifier aucun, car jamais ils n'ont été livrés à la justice. En matière de fraude électorale, il n'y aurait eu, de 1855 à 1864, sur vingt-quatre demandes, qu'une seule autorisation. Le gouvernement aurait cependant pu trouver une indication utile dans la loi de 1849. Celle-ci avait établi une exception aux principes de la garantie constitutionnelle dans le but d'assurer la liberté et la sincérité du vote sous l'empire du suffrage universel. Or si l'on voulait soustraire les fonctionnaires publics aux poursuites injustes dictées par le dépit de la défaite aux candidats malheureux et à leurs partisans, au moins fallait-il ne pas entraver la répression des actes frauduleux. Avec ce système de faiblesses et de transactions, conséquence presque inévitable des candidatures officielles l'injustice ayant ses limites, le gouver-

Digitized by Google

nement comprenait qu'il eût été odieux de poursuivre ceux qui, dans le camp de l'opposition, avaient commis des pratiques semblables à celles de ses agents, et la moralité du suffrage universel, sans laquelle celui-ci ne saurait exister, en a souffert.

Il importe de rappeler, pour être entièrement exact, un procès qui, dans un autre ordre d'idées, eut un retentissement bruyant et dans lequel apparut sous toutes ses faces la lutte entre l'abus de pouvoir et sa victime, lutte qui dura des années entières et où le principe le moins contesté, celui de la propriété, fut écrasé par les exigences d'une inviolabilité qui ne reconnaissait plus aucune limite. En 1861, M. Michel Lévy avait été chargé d'imprimer l'*Histoire de la maison de Condé aux XVIe et XVIIe siècles.* Quoiqu'il eût fait les déclarations prescrites par les règlements, un commissaire de police saisit chez lui tous les exemplaires imprimés en exécution d'ordres donnés par le préfet de police. M. le duc d'Aumale et son éditeur, ayant été repoussés dans leurs réclamations, intentèrent devant le tribunal de la Seine une action civile en restitution des volumes saisis. L'agent du gouvernement opposa d'abord l'incompétence de l'autorité judiciaire en matière administrative, puis s'abrita derrière le bouclier si commode de l'article 75. Les juges perdirent de vue qu'il s'agissait d'une question de revendication de propriété mobilière et non d'un acte administratif ou de police judiciaire, puisque dans la première hypothèse le préfet aurait été sans qualité, et que dans la seconde on n'articulait ni crime ni délit et que même les formalités de la saisie judiciaire n'avaient pas été accomplies. Le tribunal déclara l'action irrecevable, tant que l'autorisation du Conseil d'État ne serait pas intervenue, et cette erreur fut partagée par les juridictions supérieures. Le Conseil d'État repoussa la demande d'autorisation par ce motif que le préfet de police avait procédé en vertu des ordres de son supérieur hiérarchique. Celui-ci, c'est-à-dire le ministre de l'intérieur, interpellé par la voie gracieuse pour qu'il prononçât l'annulation d'une mesure irrégulière, refusa, alléguant que l'autorité judiciaire avait été saisie et que le Conseil d'État n'avait pas accordé l'autorisation de poursuivre. Le duc d'Aumale se pourvut alors contre cette décision devant la section du contentieux,

Digitized by Google

laquelle déclara, sur la demande du ministre, que « la saisie avait été une mesure de haute police ». La confiscation sans jugement était accomplie.

Le pouvoir judiciaire, gardien naturel du droit de propriété, avait abdiqué en méconnaissant les principes constitutifs de l'ordre des juridictions et en confondant l'inviolabilité personnelle d'un agent du gouvernement poursuivi à raison d'un acte de ses fonctions avec la revendication d'une propriété dont l'administration s'était indûment emparée. Par un respect exagéré pour l'article 75, elle avait reculé devant une décision qui eût constitué un blâme pour le gouvernement. Quant au Conseil d'État et à la juridiction gracieuse du ministre, il y a entre leurs évolutions successives une singulière entente pour aboutir au déni de justice. Le dernier mot de ce drame judiciaire c'était la proclamation par le pouvoir d'une immunité absolue pour les actes de police, c'est-à-dire pour les actes politiques. Le monde judiciaire et la presse s'émurent. On demandait hautement si la France était revenue au régime du bon plaisir, si le prince était le maître des biens de ses sujets; on rappelait les procédés du premier Empire et l'on faisait remarquer que si la loi et le juge font défaut, s'ils sont anéantis par l'inviolabilité du préfet et par la faculté donnée au gouvernement d'invoquer la raison politique, c'est le despotisme substitué aux principes de 1789, si pompeusement rappelés à toute heure.

Grâce à la faveur avec laquelle la garantie constitutionnelle avait été traitée devant toutes les juridictions, elle devint populaire même parmi les agents les plus modestes. Les inspecteurs et les agents de police eux-mêmes auxquels étaient imputées des violences ou des arrestations arbitraires voulurent jouir des mêmes prérogatives que le préfet de police. On imagina dans leur intérêt cette théorie que, s'ils ne sont pas protégés par la garantie quand ils agissent comme simples dépositaires de la force publique, auxiliaire de la police judiciaire, il est des cas où ils sont associés à une mission spéciale, à une mesure gouvernementale et reçoivent par conséquent une délégation de l'autorité du gouvernement. Le tribunal de la Seine, adoptant ce système dans le procès intenté par le sieur Parent contre l'inspecteur de police André

Digitized by Google

pour violences et arrestation illégale, jugea que celui-ci avait agi dans l'accomplissement d'un mandat spécial. Il avait exécuté des mesures de surveillance prises par le préfet de police pour la sauvegarde d'un souverain étranger. La Cour de Paris et la Cour de cassation ramenèrent l'inspecteur à sa qualité de simple agent d'exécution et d'auxiliaire des dépositaires de l'autorité publique. Il ne peut dépendre en effet du fonctionnaire, qui représente le gouvernement, de se substituer dans l'exercice d'une autorité proportionnée à sa haute situation dans la hiérarchie administrative des agents subalternes et obscurs qui n'ont pas la confiance de la loi. Si le système nouveau avait triomphé, le préfet de police aurait eu à sa disposition une véritable armée d'agents dont tous les actes eussent revêtu le caractère de surveillance politique et partant inviolables. Puis naturellement tous les préfets de France se seraient hâtés d'invoquer le même privilége pour leurs agents.

Finalement, vers la fin de l'Empire, la presse, les recueils judiciaires, la tribune politique retentirent de violentes protestations contre la garantie constitutionnelle. M. Jules Favre la dénonçait à l'Assemblée comme une lettre de cachet mise dans la main du dernier des agents et menaçant chaque citoyen; il montrait l'Espagne anéantissant ce dernier refuge du despotisme et de l'arbitraire et rappelait l'opinion de M. Thiers suivant lequel la liberté individuelle n'était pas suffisamment garantie, mais se trouvait menacée par l'excès de la législation politique et la fragilité des protections du droit commun.

Le gouvernement parut enfin s'émouvoir de ce concert de protestations et à l'époque où il paraissait entrer franchement dans la voie de la liberté, les journaux annoncèrent qu'un projet de loi était en préparation. M. Poitou en a donné une analyse qui ne permet pas de regretter qu'il n'ait pas vu le jour. La faculté pour les citoyens de citer les fonctionnaires publics devant les tribunaux ne leur aurait été concédée que dans les cas intéressant leur liberté, leur honneur et la propriété. L'autorisation préalable eût été maintenue pour les affaires touchant la liberté de la presse, la liberté électorale, la liberté religieuse, la liberté d'enseignement, etc. La réforme eût été assurément précieuse, mais incomplète.

Digitized by Google

La commission de l'Assemblée nationale chargée de contrôler les décrets du gouvernement de la Défense nationale a résumé d'un mot la trop longue existence de l'article 75 : « Nul n'ignore, a dit son rapporteur, que la disposition de l'article 75 destinée à protéger les fonctionnaires contre des poursuites inspirées par des animosités privées ou par l'esprit de parti, n'avait que trop souvent assuré l'impunité de leurs fautes en suspendant à leur profit le cours régulier de la justice. Blessée par cet abus, l'opinion publique s'était énergiquement prononcée pour l'abrogation de cet article, et nous ne craignons pas d'affirmer que, parmi les décrets rendus par le gouvernement de la Défense nationale, l'un des mieux accueillis a été celui du 19 septembre 1870. »

Il résulte de cet exposé que la garantie constitutionnelle des fonctionnaires, créée à Rome pour soustraire les magistrats aux écarts passionnés du droit d'accusation dévolu à chaque citoyen, fut agrandie par les empereurs au profit d'une centralisation exagérée; que si dans notre ancien droit elle servit les rois dans l'œuvre de l'unité nationale, elle devint aussi entre leurs mains une arme redoutable d'absolutisme que tous les gouvernements se sont successivement transmise; enfin qu'elle engendra plus d'abus que de bienfaits, et que ces abus furent d'autant plus grands que les institutions politiques étaient moins libérales. L'abrogation de ce privilége doit donc être maintenue en principe suivant le vœu de la commission de l'Assemblée nationale.

Nous rechercherons ultérieurement les conséquences juridiques de ce fait.

PAUL BERNARD.

Digitized by Google

DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES PROPRIÉTAIRES DE NAVIRES.

(Art. 1384 du Code civil et 216 du Code de commerce.)

Par M. A. Regnault, juge au tribunal civil de la Rochelle.

(*Suite et fin*[1].)

§ III.

Qu'est-ce qu'un capitaine de navire de commerce? Quelle est la nature de son mandat? « On nomme capitaine, maître ou patron, celui auquel sont confiés la conduite et le gouvernement d'un navire. La qualification de capitaine ne fut donnée d'abord qu'aux commandants des vaisseaux de l'État. Les officiers préposés à la conduite des bâtiments marchands étaient appelés *maîtres* sur les côtes de l'Océan, et *patrons* sur celles de la Méditerranée ; mais l'usage leur a fait prendre le titre de capitaine. La nomination du capitaine d'un bâtiment marchand appartient au propriétaire des navires. Ce capitaine ne peut *être choisi* que parmi les *navigateurs françaises réunissant les qualités* requises par les loi, règlement et ordonnances[2]. »

Aux termes de l'article 21 de l'ordonnance de 1825, *nul ne peut aspirer au grade de capitaine au long cours ou de maître au cabotage, s'il n'a fait au moins soixante mois de navigation, dont douze sur les bâtiments de l'État; s'il n'a satisfait aux examens sur la pratique et la théorie de la navigation.*

Les formalités à remplir et les pièces à produire pour être admis à subir les examens de théorie et de pratique dont il vient d'être parlé sont indiquées, ainsi que les personnes auxquelles ces examens sont confiés et les matières sur lesquelles ils doivent porter, par divers articles de l'ordonnance de 1825[3]. Les candidats qui, *après examen, ont été déclarés admissibles, obtiennent du ministre de la marine, selon la nature des examens subis, des brevets de capitaine au long cours ou de maître au cabotage.* » (Même ordonn., art. 32.)

[1] V. *Revue critique*, août 1876, p. 538.

[2] Dalloz, *Droit maritime*, n° 301. V. règlement du 1er janvier 1786. — Loi du 3 brumaire an IV. — Arrêté du 16 thermidor an X. — Ordonnance des 7 août 1825, 21 août 1828.

[3] Art. 18, 19, 22, 23, 24.

Digitized by Google

L'ordonnance de la marine du mois d'août 1681 avait déjà dit « Aucun ne pourra être reçu capitaine, maître ou patron de navire *qu'il n'ait navigué pendant cinq ans, et n'ait été examiné publiquement* sur le fait de navigation, et trouvé capable par deux anciens maîtres, en présence des officiers de l'amirauté et du professeur d'hydrographie, s'il y en a dans le lieu; — défendons à tous mariniers de monter aucun bâtiment en qualité de maître, et à tous propriétaires d'en établir sur leurs vaisseaux, qu'ils n'aient été reçus en la manière ci-dessus, à peine de trois cents livres d'amende contre chacun des contrevenants ».

Ainsi, actuellement comme sous l'empire de l'ordonnance de 1681, on ne peut commander un navire marchand qu'à la condition d'avoir *subi un examen* et d'avoir reçu un *brevet de capacité*. — Ces importantes fonctions ne pouvaient, en effet, être confiées qu'à des hommes reconnus capables de les exercer. — Voici ce que nos législateurs pensaient de ceux appelés à l'honneur périlleux du commandement des navires : « Les devoirs du capitaine et ses fonctions ont dû aussi attirer l'attention et la vigilance de la loi. — Combien ne sont-elles pas importantes ces fonctions et ces devoirs sacrés !... Le capitaine est le mandataire du propriétaire du navire ; il répond, sauf les événements de force majeure, aux chargeurs de leurs marchandises ; il répond à l'État de son équipage ; en mer, en voyage, il est presque exclusivement chargé de tous les intérêts. Ses fonctions s'ennoblissent sous tous ces rapports, sa responsabilité n'en est que plus grande [1]. »

La responsabilité du capitaine est immense; mais aussi en mer il est le *maître absolu*. Nous lisons sur ce point ces paroles prononcées par M. Perrée : « La propriété mérite la sécurité de la loi ; elle devait tracer avec plus d'attention encore les devoirs du capitaine. Le salut, la vie de son équipage, des passagers, la fortune de tous les intéressés au navire et à son chargement, lui sont confiés : il est le *maître absolu de sa conduite sur les mers*. Le salut de tous dépend de sa vigilance et de sa fermeté, de la confiance qu'il inspire, et

[1] Exposé des motifs du livre II du Code de commerce, présenté au Corps législatif par M. Bégouen, conseiller d'État, séance du 8 septembre 1807.

Digitized by Google

de la rapidité de l'obéissance qu'elle commande; mais il répond de ses actions, quelque simples qu'elles soient, préjudiciables à des intérêts privés et à l'ordre général[1] ».

La responsabilité du capitaine ne cesse que par la preuve d'obstacles de force majeure (art. 230 C. Comm.) c'est-à-dire d'événements que la prudence humaine ne peut ni prévenir ni empêcher.

Le tribunal de Paimpol, nous dit M. Dalloz, critiquait cette disposition de loi, comme étendant trop loin la responsabilité du capitaine. Les réflexions de ce tribunal sont très-judicieuses et méritent d'être citées. — Voici ce qu'il disait : Si cet article existait tel qu'il est conçu, on ne trouverait bientôt ni capitaines ni propriétaires de navires. — Les premiers craindraient l'effet direct de la loi, qui, le plus souvent, serait appliquée contre eux dans la rigueur de ses expressions. Les propriétaires ne voudraient pas encourir les dangers toujours renaissants d'une garantie que la loi aurait étendue à l'infini. Il est un grand nombre d'accidents maritimes qui n'appartiennent pas à ce qu'on entend par force majeure... Telles sont les erreurs ou méprises de plus d'un genre qui accompagnent le métier de marin. — Un navire fait route dans une direction que le capitaine pouvait également fixer sur une des autres lignes de la boussole; il rencontre un écueil dont il se croyait éloigné. — Là, on ne saurait dire qu'il y ait force majeure. Une erreur devient la seule cause de l'accident. Mais il ne paraît néanmoins pas juste de rendre le capitaine responsable de l'événement. — Il est une grande quantité d'autres circonstances apprises par l'expérience, et qui ne peuvent sans injustice tomber à la charge du capitaine. — L'article porte : « La responsabilité du capitaine ne cesse que par la preuve de la force majeure. » Il conviendrait d'y ajouter : « ou par l'effet des accidents qui tiennent au hasard, et à l'imprévoyance inséparable de la navigation et du chômage dans les ports. » — Cette proposition, ajoute M. Dalloz, n'a pas été admise : on a craint qu'elle n'affaiblît le principe de la responsabilité du capitaine, et l'on a préféré s'en remettre aux

[1] Discours prononcé par M. Perrée au nom des sections de législation et de l'intérieur, sur les huit premiers titres du livre II du Code de commerce, séance du 15 septembre 1807.

Digitized by Google

tribunaux du soin d'apprécier si le capitaine, actionné en dommages-intérêts comme étant en faute, allègue des causes valables.

Le capitaine seul a le droit de commander sur un navire. « Le principal droit du capitaine, maître ou patron, est d'être admis au commandement des navires de commerce, à *l'exclusion de tous autres navigateurs* qui n'ont pas été reçus aux examens généraux conformément aux règlements (ordonnance du 7 août-15 septembre 1825, art. 33). — Celui qui usurpe les fonctions de capitaine, et l'armateur qui lui confie sciemment le commandement de son navire, sont punissables chacun d'une amende de 300 francs (ordonnance de 1681, tit. 1, liv. 2, art. 2), laquelle est réduite à 100 francs quand l'usurpation des fonctions de maître ou patron a été commise par un matelot, un homme de mer, qui a monté un bâtiment destiné au petit cabotage (ordonnance du 18 octobre 1840, art. 8). — Sur son bord, à la mer, le capitaine est *pourvu des droits du commandement. Tout ce qu'il ordonne pour le service intérieur ou extérieur doit être exécuté.* Ceux qui montent le navire sont tous tenus de le seconder dans les mesures qu'il prescrit. *Il est investi d'un pouvoir absolu* pour la direction des manœuvres. — Il est évident, d'après ce qui précède, que les fonctions de capitaine, en ce qui concerne le commandement des manœuvres et la discipline de l'équipage, ne peuvent être confiées par les armateurs à des marins qui n'offriraient pas aux yeux de la loi les garanties exigées[1]. » — La Cour de cassation, dans un arrêt du 4 juin 1834, a ainsi caractérisé les fonctions du capitaine à bord de son bâtiment : — « La Cour..., sur le moyen tiré des lois qui exigent, dans l'intérêt public, que le commandement des navires et la discipline en mer ne soient confiés qu'à des capitaines reçus...; attendu que, quels que soient les motifs de l'arrêt attaqué, il ne s'est point mis en contradiction avec les principes *d'ordre public* dans son dispositif; qu'il n'a point décidé que l'autorité inhérente aux fonctions d'un capitaine qui doit être nécessairement responsable, soit des manœuvres qui pourraient compromettre la vie des hommes, soit de l'observation des lois et règlements, pût être confiée par les

[1] Dalloz, *Droit maritime*, nos 313, 315, 316, 317.

Digitized by Google

armateurs ou déléguée par le capitaine à des marins qui n'offriraient pas aux yeux de la loi les garanties exigées; — Qu'il est évident, en effet, qu'un capitaine de navire ne peut pas céder par une convention privée ce pouvoir extraordinaire, *qui est une délégation de l'autorité publique*[1]. »

Nous retenons ces expressions — *pouvoir qui est une délégation de l'autorité publique*. Ainsi, d'après la Cour de cassation, le droit de commandement dont est investi le capitaine à bord du navire lui appartient, non pas comme mandataire de l'armateur, mais parce qu'il est revêtu d'un *caractère public*, parce qu'il agit en *vertu d'une délégation de l'autorité publique*.

C'est comme délégué de l'autorité publique que le capitaine exerce à bord une autorité disciplinaire. Il lui appartient d'appliquer aux gens de l'équipage, quand il y a lieu, et après avoir pris l'avis du pilote et du contre-maître, les peines de discipline édictées par la loi (ordonnance de 1681, liv. II, tit. I, art. 22).

« A côté de l'homme investi de *pouvoirs inaliénables qui tiennent à l'ordre public*, l'armateur peut placer un subrécargue, auquel il confie exclusivement la gestion de la cargaison et la direction du voyage[2]. »

Tels sont les vrais principes en cette matière. — Nul ne peut être capitaine *s'il n'a un brevet*. A bord du navire dont la direction lui est confiée, le capitaine est *maître absolu*. Il est *revêtu d'un caractère public*. Son commandement, il l'exerce, non pas comme préposé des propriétaires du navire, mais en vertu d'une *délégation de l'autorité publique*. — Le propriétaire du navire à bord de son bâtiment n'a pas plus de droit qu'un simple passager. La conduite de la navigation appartient tout entière au capitaine, sous sa responsabilité. Il n'a aucun ordre à recevoir de l'armateur; les gens de l'équipage n'ont pas à obéir à ce dernier.

Si le capitaine est le représentant de l'autorité publique à bord en tant qu'il est investi du commandement, il est aussi le mandataire salarié des armateurs. Entre lui et ces derniers est intervenu un contrat de mandat aux termes duquel le

[1] Cass., 4 juin 1834, aff. Viard, ch. civ.
[2] V. même arrêt de C. cass., 4 juin 1834.

Digitized by Google

capitaine est tenu de se livrer, au nom de ses commettants, à certaines opérations commerciales. C'est là un autre aspect du rôle du capitaine. Les obligations réciproques qui naissent, pour l'armateur et son mandataire, de ce contrat ont été réglementées par le Code de commerce : « Les capitaines de la navigation marchande, dit M. Dalloz (*Dr. mar.*, n° 511), doivent être réputés commerçants et jouissent des prérogatives attachées à cette qualité, alors même qu'ils ne sont pas propriétaires du navire qu'ils commandent, puisque la loi considère comme commerciaux tous engagements de gens de mer pour le service des bâtiments de commerce (C. com., 633), et que les capitaines dont il s'agit font leur profession habituelle de contracter de tels engagements. »

Pour nous, il y a deux hommes dans le capitaine de navire : l'homme public investi d'un commandement, et l'homme privé à qui l'on a confié des intérêts commerciaux.

C'est en se plaçant à ce point de vue que la Cour de cassation a décidé que les propriétaires de navires ne répondaient pas des fautes commises par le capitaine dans les fonctions *où il agit, non comme leur mandataire, mais* comme *commandant du bâtiment* (Cass., 11 septembre 1813, affaire Thomazeau). L'affaire sur laquelle la Cour de cassation avait à se prononcer n'a aucun rapport, il est vrai, avec celle dont nous avons parlé au commencement de cette étude[1]; aussi n'invoquons-nous cet arrêt que comme posant un principe qui nous paraît très-important par les conséquences qui en découlent.

En effet, supposons un sinistre en mer arrivé par la faute du capitaine, comme navigateur — son navire s'est brisé, par sa faute, sur un rocher — ou, par son imprudence, sa négligence, son impéritie, il a jeté son navire sur un autre navire. — Il s'agit de savoir si le *commettant commercial*, l'armateur, peut être responsable des actes de navigation d'un homme qui a son brevet de capitaine, d'un homme à qui il n'a confié le commandement de son navire que, pour ainsi dire, sous la foi de l'autorité publique.

Appliquera-t-on dans cette hypothèse les dispositions de l'article 1384 du Code civil? Évidemment non, car cet article

[1] Aff. Faustin.

Digitized by Google

ne s'occupe que des rapports des commettants ordinaires avec leurs préposés.

Le commandant d'un navire, en tant que marin, *navigateur*, n'est pas le mandataire de l'armateur, son préposé. Un préposé dépend d'un maître; il est sous l'autorité, la dépendance d'un maître à qui il doit rendre compte. Or, quelle autorité l'armateur exerce-t-il sur le capitaine, considéré comme commandant du navire? — A quelle obéissance le capitaine est-il tenu vis-à-vis de lui? — Quel ordre a-t-il à recevoir de l'armateur? — Nous l'avons dit, l'armateur n'a aucune autorité sur son capitaine, à bord de son bâtiment.

En le prenant comme capitaine, l'armateur a-t-il donc commis une faute? — Mais il était désigné à son choix par le brevet dont il était porteur. — Il y a plus, il était imposé à son choix par son certificat de capacité. — S'il y a eu une faute de commise, la conscience et le bon sens nous répondent que la responsabilité, en cas d'impéritie démontrée, n'incombe pas à ceux qui n'ont pas été appelés à apprécier sa capacité.

Sans doute l'armateur peut retirer au capitaine son commandement quand il le veut; mais l'armateur n'est pas à bord. — Va-t-il s'ériger en juge de l'incapacité de son capitaine? — Assurément non, puisque le capitaine est complétement maître de ses actions. — Que si une manœuvre lui paraît devoir entraîner la perte de son navire, il ne peut ni la prévenir, ni l'empêcher. — Croit-on qu'il soit facile, pendant le cours d'une navigation, d'enlever à un capitaine son commandement? — Pour cela il faut admettre que l'armateur a là, sous la main, un autre capitaine tout prêt à remplacer le titulaire actuel. — Le remède qu'on offre est un remède impossible à administrer. Non, cela n'est pas sérieux. — L'armateur qui est à son comptoir ne peut ni diriger, ni surveiller son capitaine en mer, et serait-il en position de le faire, qu'il ne le pourrait pas, parce que la loi lui dit : « Tu prendras ton capitaine parmi tels hommes que je te désigne comme ayant ma confiance, et une fois qu'il sera à bord de ton bateau, il sera plus puissant que toi. »

§ IV.

Assurément le législateur de 1804 n'avait pas en vue le cas

Digitized by Google

qui nous occupe lorsqu'il a édicté l'article 1384 du Code civil.

Cet article se trouve sous le titre des *engagements qui se forment sans conventions*.

M. Bigot-Préameneu fut chargé de présenter ce titre.

L'article 19 du projet de loi portait : « On est responsable non-seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde..... *les maîtres et les commettants du dommage causé par leurs domestiques ou préposés, dans les fonctions auxquelles ils les ont employés..... La responsabilité ci-dessus a lieu à moins que le père et la mère, les maîtres et commettants ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.* »

L'article 1384 donna lieu aux observations suivantes : la section de législation du Tribunat proposa de supprimer ces deux mots : *maîtres* et *commettants*, et de leur substituer ceux-ci : instituteurs et artisans. On donna pour motif de ce changement que tout ce qu'il était nécessaire de statuer à l'égard des maîtres et des commettants se trouvait dans un paragraphe précédent (§ III), où il était dit qu'ils ne sont tenus du dommage causé par leurs domestiques et préposés que lorsque ceux-ci *l'ont causé dans les fonctions auxquelles ils ont été employés.* « Il serait dangereux, ajoutait-on, à l'égard des maîtres et des commettants d'admettre l'exception portée par le § V, car il pourrait résulter qu'ils *ne seraient point tenus du dommage par cela seul qu'ils n'y auraient pas été présents, même quoiqu'il eût été commis à des fonctions auxquelles les domestiques et préposés auraient été employés;* ce serait contraire à l'intention des auteurs du projet[1]. »

M. Treilhard fut nommé avec MM. Fourcroy et Laumond pour présenter au Corps législatif, dans sa séance du 9 pluviôse an XII (30 janvier 1804), le titre IV du livre III du projet du Code civil, portant : *Des engagements qui se forment sans conventions.* Voici ce qu'a dit cet orateur sur l'article 1384 : Celui qui par son fait a causé du dommage est tenu de le réparer; il est engagé à cette réparation même quand il n'y aurait eu

[1] V. discussion du projet de loi au Conseil d'État, séance du 5 pluviôse an XII (26 janv. 1804). Fonet, t. XIII, p. 159.

Digitized by Google

de sa part *aucune malice*, mais seulement *négligence* ou *imprudence;* c'est une *suite nécessaire de son délit ou quasi-délit.* — Le principe une fois établi, nous n'avons eu qu'une disposition à ajouter : c'est qu'on est responsable non-seulement du dommage qu'on a causé par son propre fait, mais encore de celui qui a été causé par le fait des personnes dont on doit répondre, des choses que l'on a sous sa garde. — La responsabilité des père et mère, des instituteurs, des *maîtres*, est une garantie, et souvent la seule garantie de la réparation des dommages..... Ceux à qui elle est imposée ont à s'imputer *pour le moins, les uns de la faiblesse, les autres du mauvais choix, tous de la négligence.* Heureux encore si leur conscience ne leur reproche pas d'avoir donné de *mauvais principes, de mauvais exemples!* »

Ainsi, dans la pensée du législateur, la responsabilité des maîtres a pour cause la *faiblesse,* un *mauvais choix*, la *négligence*, c'est-à-dire une faute quelconque. *Pour le moins*, dit M. Treilhard, ils ont à s'imputer cela.

Un autre orateur. M. Bertrand de Greuille, s'exprimait ainsi au Tribunat, sur les articles 1382 et 1384 du Code civil : « Tout individu est garant de son fait, c'est une des premières maximes de la société; d'où il suit que si ce fait cause à autrui quelque dommage, il faut que celui par la faute duquel il est arrivé soit tenu de le réparer. » Ce principe, consacré par le projet, n'admet pas d'exception; il embrasse tous les crimes, tous les délits, en un mot tout ce qui blesse les droits d'un autre; il conduit même à la conséquence de la réparation du tort qui n'est que le *résultat* de la *négligence* ou de *l'imprudence.*

« C'est dans ce défaut de *vigilance sur lui-même qu'existe la faute, et c'est cette faute*, qu'on appelle en droit *quasi-délit, dont il doit réparation.* — Le projet ne s'arrête pas à la personne qui est l'auteur du dommage, il va plus loin et, pour en assurer de plus en plus la juste indemnité, il autorise le lésé à recourir à ceux *de qui cette personne dépend* et contre *lesquels il prononce la garantie civile.* — Mais si ces pères et mères, instituteurs ou artisans parviennent à prouver qu'ils ont été dans l'impossibilité d'empêcher le fait dont on se plaint, alors la *garantie disparaît*, parce que *l'impossibilité bien constante équivaut à la force majeure, qui ne donne ouverture*

Digitized by Google

à aucune action au profit de celui qui en est la victime..... Il n'en est pas de même des *maîtres* et des *commettants*. Ils ne peuvent, dans aucun cas, argumenter de l'impossibilité où ils prétendraient avoir été d'empêcher le dommage causé par leurs domestiques ou préposés, dans les fonctions auxquelles ils les ont employés, et le projet les assujettit toujours à la responsabilité la plus entière et la moins équivoque... *N'est-ce pas en effet le service dont le maître profite qui a produit le mal qu'on le condamne à réparer? N'a-t-il pas à se reprocher d'avoir donné sa confiance à des hommes méchants, maladroits ou imprudents?* et serait-il juste que des tiers demeurassent victimes de cette *confiance inconsidérée* qui est la *cause première*, la véritable *source du dommage* qu'ils éprouvent? La loi ne fait donc ici que ratifier ce que *l'équité commande...* »

Le tribun Tarrible, dans un discours prononcé au Corps législatif, s'exprimait de la sorte : « Tout fait quelconque de l'homme, dit le projet, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer... Le dommage, pour qu'il soit sujet à réparation, doit être *l'effet d'une faute* ou d'une *imprudence* de la part de quelqu'un. S'il ne peut être attribué à cette cause, il n'est *plus que l'ouvrage* du sort, dont chacun doit supporter les chances; mais s'il y a eu *faute* ou *imprudence*, quelque légère que soit leur influence sur le dommage commis, il en est dû réparation.

« C'est à ce principe que se rattache la responsabilité du propriétaire relativement au dommage causé par les animaux ou par la ruine d'un bâtiment mal construit ou mal entretenu.

« C'est au même principe que se rattache encore la responsabilité plus importante prononcée par l'article 1384 du Code civil contre le père, la mère, les *maîtres* et les *commettants*, les instituteurs et les artisans, pour les dommages causés par les enfants mineurs, par les domestiques et les préposés, par les élèves et les apprentis.

« Les premiers sont investis d'une autorité suffisante pour contenir leurs subordonnés dans les limites du devoir et du respect dû aux propriétés d'autrui.....

« Elle cesse à l'égard de tous, s'ils prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui y donne lieu.

« *La responsabilité ne peut, en effet, atteindre ceux qui*

Digitized by Google

sont exempts de tout reproche; mais cet acte de justice envers eux ne dégage pas le véritable auteur du dommage : mineur ou préposé, élève ou apprenti, il reste toujours obligé de le réparer quelle que soit sa qualité [1]. »

Ces divers extraits de discours prononcés au Tribunat, au Conseil d'État et devant le Corps législatif nous montrent le véritable esprit de la loi.

Le dommage, pour donner lieu à une réparation, doit être le résultat d'une faute, quelque légère qu'elle soit. La responsabilité ne peut atteindre ceux qui sont exempts de tout reproche. L'impossibilité démontrée équivaut à la force majeure. Le père est responsable, parce qu'il a manqué de surveillance; le commettant, parce qu'il a manqué de *discernement dans le choix de son préposé,* parce qu'il a été *trop confiant.* — Nous ne sommes pas de l'avis de M. Bertrand de Greuille lorsqu'il dit, en parlant du maître : « *N'est-ce pas le service dont le maître profite qui a produit le mal, qu'on le condamne à réparer?* On ne comprend pas bien tout d'abord ce que l'honorable orateur a entendu par ces mots : « c'est le service qui a produit le mal ». Un service ne produit ni bien ni mal; les hommes qui servent peuvent bien ou mal servir, ce qui est bien différent. Le maître profite du service de son employé, incontestablement; autrement, il s'en passerait. La conséquence rigoureuse du profit que le maître retire du service de son employé pour M. Bertrand de Greuille, c'est que le maître indemnise tous ceux qui ont éprouvé un dommage par suite de l'exercice de ce service.

Une proposition ainsi formulée ne nous paraît pas admissible. Il y a lieu de distinguer, selon nous, entre l'auteur direct du dommage, le préposé, et la personne qui doit répondre des actes du préposé, son maître.

Le premier est punissable, parce qu'il a commis une faute dont il doit réparation et à la société, qu'il a offensée dans un de ses membres, et à la personne à laquelle il a causé un préjudice par son fait; l'autre n'est responsable que civilement, c'est-à-dire pécuniairement. Cette responsabilité a aussi pour cause une faute commise, résultant de ce que le maître a mal placé sa confiance, ou de ce qu'il n'a pas exercé

[1] V. Fenet, p. 488 et suiv.

Digitized by Google

une surveillance suffisante. Peu importe que le service du domestique lui profite ou ne lui profite pas. L'idée de peine n'est pas attachée à l'idée de profit, ce qui serait une iniquité monstrueuse, mais à l'idée de faute, ce qui est très-moral et très-juste. Laissons donc de côté la raison donnée par cet honorable orateur. Sa phrase, qui éveille dans l'esprit des pensées de lucre, de bénéfice, peut prêter à l'équivoque et donner lieu à des interprétations fâcheuses.

Au surplus, cette manière de voir n'a point été partagée par les rédacteurs du Code civil. Il est bien vrai que, dans le droit ancien, le propriétaire répondait du dommage causé par sa chose, non pas parce qu'il était *en faute*, mais par cela seul qu'il *était propriétaire*. Aussi décidait-on que le défendeur à l'action échappait à toute condamnation en cessant d'être propriétaire [1].

Il parut aux préteurs qu'il était contraire à l'esprit de justice de pouvoir se soustraire à la condamnation par l'abandon de sa chose; ils firent disparaître cette faculté [2].

Les rédacteurs du Code civil, s'inspirant des vrais principes d'une saine morale et de l'équité, ont fait reposer l'obligation à des dommages-intérêts sur un principe unique, sur l'idée de faute. Nul n'est responsable d'un accident *s'il n'est en faute*, ainsi pourrait-on traduire l'article 1384 du Code civil.

Nous l'avons dit, le propriétaire du navire et le capitaine, délégué de l'autorité publique comme commandant le navire, ne sont pas du tout dans les conditions d'un commettant et d'un préposé ordinaire. Le capitaine, à son bord, est le maître absolu du commandement, de la navigation, l'armateur n'est rien. Le choix de ce dernier ne peut être *imprudent*, parce qu'il n'est pas libre de choisir, parce que, souvent, le temps presse, et c'est surtout en matière de navigation que l'on peut dire : *time is money*. « Le choix des capitaines, dit Dalloz (*Droit maritime*, n° 16), n'est souvent *ni libre, ni raisonné*..... » et ailleurs : « L'armateur n'est pas *libre de choisir son capitaine* parmi *tous les gens de mer;* il ne peut *confier la conduite de son navire à tel ou tel marin* dont *il*

[1] V. Inst. de Justinien et de Gaïus.

[2] V. Inst. de Justinien et de Gaïus, liv. IV, tit. IX, § 1, l. VII et IX. Digest., *De damno infecto*, 39, 11.

Digitized by Google

a pu apprécier l'expérience, la prudence et la moralité. — L'armateur ne peut choisir qu'un capitaine en titre, il peut se faire que parmi ceux qui se trouvent dans le port il n'y en ait pas un seul qui lui soit connu et lui inspire pleine confiance. Bien plus, *le capitaine n'est pas toujours choisi par l'armateur, car il peut être remplacé dans le cours de son voyage*, en cas de décès ou d'empêchement absolu de continuer sa fonction. *Dans tous les cas, le propriétaire, séparé du capitaine par toute l'étendue des mers, est dans toute l'impuissance absolue de correspondre avec lui et de lui faire parvenir en temps utile les instructions qui peuvent être nécessaires. Le capitaine est entièrement abandonné à lui-même*[1]. »

Dès lors, peut-on, avec raison et équité, appliquer, dans les rapports forcés de l'armateur avec son capitaine, les dispositions de l'article 1384 du Code civil? — Évidemment non, car une condition essentielle pour que cet article de loi puisse être utilement invoqué, fait ici absolument défaut; *c'est la liberté dans le choix* de la personne, c'est *le droit de diriger*, de *surveiller* et le *pouvoir de le faire*. — Si donc l'armateur n'est pas un commettant ordinaire, si l'on ne peut relever contre lui ni une faute ni une présomption de faute, il est évident qu'il ne saurait être déclaré responsable civilement en vertu des dispositions des articles 1382 et suivants du Code civil.

§ V.

Interrogeons maintenant la loi commerciale. Que dit-elle? — L'article 216 du Code de commerce, modifié par la loi du 14 juin 1841, porte : « Tout propriétaire de navire est civilement responsable des faits du capitaine et tenu des engagements contractés par ce dernier pour ce qui est relatif au navire et à l'expédition. — Il peut, dans tous les cas, s'affranchir de la responsabilité par l'abandon du navire et du fret. »

Cet article de loi a donné lieu aux observations suivantes. On a distingué entre *le fait* du capitaine et les *engagements* contractés par lui. — « L'armateur, a dit M. Persil, ne peut

[1] *Droit maritime.* Extrait du rapport fait par M. Dalloz sur le projet de loi portant modification des articles 216 et suiv. du Code de commerce, séance du 13 mai 1841.

Digitized by Google

être responsable des *délits* ou *quasi-délits* du capitaine que *civilement*..... Pour les faits du capitaine, l'armateur n'est pas obligé *directement*, il n'est que responsable, et encore civilement. — A l'égard des engagements du capitaine, l'armateur est plus que *responsable*, il est seul engagé..... »

Le mot *faits* est, d'après cette interprétation, une expression générique qui s'applique tant aux actes légitimes du capitaine, qu'à sa faute, à ses délits ou quasi-délits.

Il nous semble que le législateur n'a pas tenu compte de la situation complexe du capitaine. — Un capitaine de navire est, en effet, comme nous l'avons vu, à la fois, commerçant, et chargé d'un commandement ; — il est mandataire salarié et mandataire imposé, — il est investi d'une fonction publique. — Les actes d'un homme qui a ce double caractère d'homme privé et d'homme public ne pouvaient engager de la même façon la responsabilité de l'armateur.

Sans doute, dans le droit ancien et sous l'empire même de l'ordonnance de 1681, alors que l'on considérait l'armateur comme un commettant ordinaire, l'armateur pouvait être déclaré responsable de tous les faits de son préposé. — Mais une doctrine beaucoup plus conforme à la réalité des faits et aux règles qui gouvernent les rapports des armateurs et des capitaines, a, aujourd'hui, prévalu.

Le capitaine est un *délégué de l'autorité publique;* il est un *mandataire légal*. — Que s'il en est ainsi, ne paraît-il pas contraire à l'équité de déclarer que les propriétaires de navires sont responsables de tous les actes de leurs capitaines, quels que soient ces actes ?

L'article 216 du Code de commerce, par la généralité de ses termes, ne comporte aucune restriction. — Le législateur moderne n'a fait que reproduire une disposition de l'ordonnance sur la marine de 1681. — Les rédacteurs de cette ordonnance s'étaient eux-mêmes inspirés des principes de la loi romaine. — Ils y ont introduit un tempérament qu'ils ont trouvé dans les usages suivis par certains peuples navigateurs : une responsabilité limitée à la valeur du navire et au fret.

Valin dit, en effet, sous l'article 2 de l'ordonnance de 1681[1] : « L'obligation imposée au propriétaire de répondre

[1] Liv. II, t. VIII, art. 2.

Digitized by Google

des faits du maître ou capitaine, est encore plus étroite dans la loi première, § 5, ff., *De exercitoria actione*, en ce qu'il y est décidé que le propriétaire est tenu indistinctement de la garantie, en ces termes : *Omnia facta magistri debet præstare qui eum præposuit, alioquin contrahente deciperentur*. — Sur quoi Peckins, page 86, dit : *Quid enim interest per se exercitor, an per eum quem ipse substituit, contractum ineat.* — Et ensuite : *Qui enim aliquem præponit, is clara et aperta voce dicere videtur, nunc ego præposui qui volet cum eo contrahat*, — au lieu que notre article ne rend le propriétaire responsable des faits de son capitaine que jusqu'à concurrence du bâtiment et du fret, et qu'il est quitte en abandonnant l'un et l'autre ; ce qui est plus juste... C'est ce qui se pratique en Hollande... cela est conforme aux statuts de Hambourg. »

Sous l'empire de l'ancien droit, la responsabilité des propriétaires de navires était *indéfinie*.— La législation romaine n'établit aucune distinction entre le mandat de l'armateur au capitaine et celui donné par un commerçant à un commis ordinaire, ni entre ces deux mandats et le mandat civil[1]. — C'est bien ce qui résulte de la citation de Valin : Le propriétaire de navire doit répondre de tous les faits de son capitaine; — autrement les tiers qui ont contracté avec lui seraient victimes de leur bonne foi, « *alioquin contrahentes deciperentur.* » — Le mot *faits* n'a là d'autre signification que celle d'*engagements contractés.* — L'armateur est un commettant ordinaire, qui est lié par la parole de son préposé, de celui qui parle en son nom.

Il est vrai que la loi romaine disait aussi : « *Verbum facere omnem omnino faciendi causam complectitur, dandi, solvendi, numerandi, judicandi, ambulandi*[2]. » — Dans ce passage du droit romain, le mot « faire » a l'acception la plus étendue.

Les Rhodiens, avant les Romains, avaient fait de la navigation l'objet de leurs lois; elles étaient si sages, nous dit Émérigon, qu'elles tenaient lieu de droit des gens parmi les habitants de la mer Égée. Elles furent adoptées par les Romains, et Cicéron en fait l'éloge dans son oraison *Pro lege Manilia.*

[1] Liv. I, § 5, ff., *De exercitoriæ actione.*
[2] Liv. XXI, § 8, ff., *De verb. signif.*

Digitized by Google

Les peuples navigateurs des bords de la Méditerranée repoussèrent le principe admis par la législation romaine. — *Le Consulat de la mer*, ce recueil célèbre des plus anciennes ordonnances nautiques des Rois de France et d'Espagne, des Empereurs d'Allemagnes et des Républiques d'Italie, qui, dès les xe et xiie siècles, fut adopté comme loi dans toute l'Europe méridionale, nous apprend que le propriétaire du navire *n'était jamais tenu que jusqu'à concurrence du navire et du fret.* — Il en était de même chez les puissances maritimes du Nord, la Hollande et la Suède. Grotius condamnait le principe des lois romaines comme une entrave au développement du commerce maritime[1].

D'après les lois maritimes du moyen âge, les propriétaires de navires répondaient solidairement de tous les faits de leurs capitaines dans le cours du voyage pour cause de navigation; mais cette action solidaire ne pouvait être exercée contre eux que jusqu'à concurrence de leur intérêt sur le corps du navire, de sorte que si le *navire venait à périr ou s'ils renonçaient à leur intérêt, ils n'étaient garants de rien*[2].

Vint ensuite l'ordonnance de 1681. Les rédacteurs de cette ordonnance puisèrent aux sources que nous venons d'indiquer, auxquelles on peut ajouter ce qu'on a appelé *le rôle d'Oleron*, recueil des us et coutumes des villes situées sur les côtes de l'Océan, rédigé par les soins de la reine Éléonore, duchesse de Guienne, et qu'elle appela ainsi du nom de son île bien-aimée[3], et les ordonnances faites par les marchands et maîtres de la magnifique ville de Wisby, ville de Suède, dans l'île de Gothland, anciennement la foire et le marché le plus renommé de l'Europe[4].

[1] V. Dalloz, *Droit maritime*.

[2] V. *Consulat de la mer*.

[3] V. Émérigon (*Traité des assurances*, préface). Dalloz (*Droit maritime*, ch. Ier), dit que le nom qu'a reçu ce recueil paraît provenir de ce que l'une des copies qui ont servi à le répandre, était certifiée par un notaire de l'île d'Oléron (xiiie siècle).

La compilation, connue sous le nom de *Consulat de la mer*, est aussi du xiiie siècle. Le *Consulat de la mer* servait de règles aux commerçants des villes situées sur le littoral de la Méditerranée. — Le *rôle d'Oléron*, de règles aux commerçants des villes situées sur les côtes de l'Océan.

[4] V. Émérigon, *Traité des assurances*, préface; Dalloz, cité *suprà*. Les règlements de Wisby contenaient les règles du droit maritime en usage dans la mer Baltique.

Digitized by Google

« L'ordonnance de 1681 fut l'ouvrage des connaissances pratiques, de la théorie de la loi civile et de la combinaison des us et coutumes de la mer, dont les peuples navigateurs anciens et modernes avaient donné l'exemple [1]. »

L'article 2 du titre VIII, chapitre II, de cette ordonnance, était ainsi conçu : « Les propriétaires des navires seront responsables des *faits du maître, mais ils en demeureront déchargés en abandonnant le navire et le fret.* » Cet article donna lieu à des interprétations diverses. — Valin pensait que, par l'abandon du navire, le propriétaire ne se libérait que des obligations *illicites* du capitaine et non des obligations *licites* [2]. — Émérigon, au contraire, repoussait toutes distinctions entre les engagements *licites* et les engagements *illicites* [3].

D'après cet auteur, la faculté de se libérer par l'abandon du navire et du fret des obligations du capitaine, ne devait pas être restreinte aux obligations dérivant d'actes illicites commis par le capitaine dans le commandement du navire, mais elle devait, en outre, s'étendre aux obligations valablement contractées par le capitaine, en cette qualité.

Le Code de commerce, dans son article 216, reproduisit l'article 2 de l'ordonnance de 1681. — La difficulté, soulevée par Valin et combattue par Émérigon, restait entière. L'un et l'autre eurent leurs partisans. Tel était l'état de cette question lorsque la Cour de cassation, par trois arrêts successifs, rendus les 16 juillet 1827, 4 mai et 1er juin 1834, sanctionna la doctrine de Valin. Cette jurisprudence jeta dans le commerce français la plus vive émotion. — Des plaintes s'élevèrent de tous côtés. Le commerce maritime qui, jusqu'alors, avait pratiqué la doctrine d'Émérigon, considérait ses intérêts comme gravement compromis par la jurisprudence de la Cour de cassation.

Une responsabilité sans limite pouvait, en effet, compromettre non-seulement la propriété du navire et du fret, mais encore la fortune entière de l'armateur. — La Cour de cassation, par un arrêt du 28 novembre 1821, avait déjà aggravé la situation de l'armateur en décidant que, pour emprunter

[1] V. Discours du tribun Perrée, 15 septembre 1807.
[2] V. les observ. sur le tit. VIII, art. 2 de l'ordonn.
[3] V. *Trait. des contrats à la grosse,* chap. IV, sect. 2.

Digitized by Google

sur le navire ou vendre des marchandises, le capitaine n'était tenu à *remplir aucune formalité vis-à-vis des tiers*, ce qui privait l'armateur de tout moyen de contrôle sur les agissements de son capitaine, de toute espèce de garantie contre son imprudence ou son infidélité.

Il fallait bien se rendre aux réclamations unanimes et persévérantes des chambres de commerce et du conseil général du commerce et de l'industrie : « Il ne s'agit pas, dit M. Dalloz, d'un vœu influencé par l'intérêt spécial des armateurs, mais d'un vœu émis dans l'intérêt général du commerce français, dans l'intérêt des chargeurs, comme dans celui des propriétaires de navires. » « La loi qui vous est proposée, disait encore M. Dalloz, chargé de faire le rapport sur le projet de loi portant modification des articles 216, 234 et 278 du Code civil, a pour objet de modifier les articles 216, 234 et 298 du Code civil et de *limiter au montant du navire et du fret* la responsabilité, *aujourd'hui indéfinie*, *des propriétaires de navires* à raison des *engagements licites* contractés par le capitaine, soit que le navire se perde, soit qu'arrivé au port la valeur ne suffise pas pour faire face à ces engagements.

« Nous disons les *engagements licites* du capitaine, car aucun doute ne s'est élevé relativement à ses *engagements illicites*, dont jamais l'armateur n'a été tenu que jusqu'à concurrence du navire et du fret. »

Qu'entend-on donc par ces mots : *engagements licites* et *engagements illicites ?* — *Engagements*, c'est-à-dire, sans doute, obligations résultant d'un contrat débattu et accepté de part et d'autre; — *engagements licites*, c'est-à-dire obligations contractées dans les termes du mandat ; — engagements illicites, engagements contractés en dehors des termes du mandat.

En matière de délit ou de quasi-délit, il ne saurait être question d'*engagements pris*, d'engagements *résultant d'un contrat*. Les actions qui naissent à l'occasion d'un acte délictueux ou d'un quasi-délit prennent leur source, non dans une convention, mais dans un fait.

D'après M. Dalloz, on doit entendre par *engagements illicites* les *obligations* dérivant d'actes illicites commis par le capitaine dans le commandement du navire. — Les obligations

Digitized by Google

licites s'entendent des *obligations valablement contractées* par le capitaine en cette qualité. — Telles sont les obligations contractées dans les termes de l'article 234 du Code de commerce, c'est-à-dire contractées relativement aux emprunts faits par le capitaine et à la vente ou mise en gage des marchandises pour les besoins du navire[1].

La loi du 14 juin 1841 (art. 216 du nouveau Code de commerce) a mis fin à toutes ces controverses. Aux termes de cet article, « tout propriétaire de navire est civilement responsable DES FAITS du capitaine. » — Sans doute, de *tous* les faits du capitaine, licites ou illicites, pour nous servir de l'expression ancienne, puisque la loi ne distingue pas. Le mandat du capitaine ne peut désormais engager l'armateur au delà de la valeur du navire et du fret, c'est-à-dire au delà de l'objet entier de l'expédition maritime.

Si ce mots *faits* de l'article 216 est un terme générique *comprenant tout ce qu'il est possible de faire* (*dandi*, *solvendi*, *ambulandi*), il est certain que l'armateur doit être déclaré responsable dans tousles cas, quels que soient les agissements de son capitaine. — Ce dernier a-t-il commis un crime, un délit, un quasi-délit, a-t-il involontairement jeté son navire sur un rocher ou sur un autre navire, a-t-il, par son impéritie, son incapacité de navigateur, été la cause de la mort de passagers ou de marins, l'armateur, responsable de *tous* les faits de son capitaine (art. 216 C. com.), doit réparer le dommage que ce dernier a causé.

En vérité, il est difficile de comprendre, de nos jours, dans l'état de nos mœurs, cette rigueur excessive à l'encontre des propriétaires de navires de commerce. — Autrefois, quand il s'agissait d'empêcher les déprédations des capitaines de navires, qui se livraient trop souvent à la piraterie ou à tous autres actes réprouvés par les lois de l'humanité, on pouvait, en effet, en faisant peser sur la tête des propriétaires du navire une responsabilité illimitée pour tous les actes de ceux qu'ils préposaient à la conduite de leurs navires, prévenir ou empêcher ces actes de déprédation; mais ces dangers aujourd'hui n'existent pas : les vaisseaux de guerre qui sillonnent toutes les mers mettraient vite un terme à ce qu'il

[1] V. Dalloz, *Droit maritime*.

Digitized by Google

pourrait y avoir de répréhensible, au point de vue d'un manquement aux lois admises par tous les peuples navigateurs, dans la conduite des capitaines de navires. — Les commandants de la marine de l'État ont une mission de surveillance sur les navires de commerce. Ils sont tenus de rendre compte de la conduite de leurs capitaines au ministre de la marine, qui statue sur les peines disciplinaires qu'ils auraient pu encourir. — Ils prennent connaissance des plaintes portées par les capitaines ou par leurs équipages; ils font rendre justice à qui de droit dans la limite de leurs attributions[1].

Il n'y a plus, de ce côté, de craintes à avoir, de dangers à redouter. Dès lors, pourquoi maintenir en principe une responsabilité si absolue, une responsabilité qui est tout à fait en dehors des règles du droit commun, et qui ne satisfait ni le propriétaire du navire ni les parents des naufragés? — En effet, le bateau a-t-il éprouvé une avarie en mer par suite d'un choc ou d'une fausse manœuvre, l'armateur sera indemnisé, par ses assureurs, de l'avarie survenue à son navire. Mais si la faute ou l'impéritie du capitaine a été cause de la mort de marins, de passagers, l'armateur peut être tenu à payer, à titre de réparation d'un acte qu'il n'a pu ni prévenir ni empêcher, une somme supérieure à la valeur de son navire. — L'armateur, dit-on, a le moyen de s'exonérer de cette lourde charge par l'abandon de son navire. — Sans doute, l'armateur peut se libérer par l'abandon; — seulement, la faculté que la loi lui donne est une faculté ruineuse. Abandonner un navire, pour un armateur, c'est renoncer à son instrument de travail, au profit à retirer d'une entreprise commencée; c'est s'exposer à tous les dommages-intérêts dus aux tiers pour inaccomplissement d'engagements contractés.

Il ne satisfait pas non plus les ayants droit à une indemnité, parce que, dans certaines circonstances qui peuvent se présenter, dans le cas de perte du navire et d'abandon, ils ne recevront rien.

Le Code de commerce (art. 216), en rendant l'armateur responsable de tous les *faits du capitaine*, ne rappelle pas le

[1] V. Dalloz, *Organisation maritime*, n° 607.

Digitized by Google

principe contenu dans l'article 1382 du Code de commerce, qui veut une faute comme base de toute action en responsabilité. Il est évident que le législateur de 1841 s'en est référé sur ce point aux règles générales du droit commun. — Le premier soin de la partie demanderesse devra donc être de chercher à établir devant le tribunal compétent, à la charge de l'armateur, une faute quelconque; car, suivant nous, le propriétaire du navire ne peut être présumé en faute.

Devant les tribunaux civils, le propriétaire de navire ne comparaît pas en sa qualité de commerçant, ayant à répondre des actes de son négoce; — c'est un simple citoyen auquel on reproche d'avoir manqué aux obligations sociales auxquelles il était tenu. — Quelles étaient les obligations? — Quels étaient les devoirs de l'armateur? — En quoi a-t-il manqué à ce que la prudence la plus vulgaire lui commandait de faire? — Or, à notre sens, aucune faute ne peut être imputée aux propriétaires du navire — dans le choix ou la surveillance de leurs capitaines. — D'où la conséquence, l'armateur, responsable commercialement devant les tribunaux consulaires, ne saurait l'être civilement devant la juridiction civile.

§ VI.

L'armateur, responsable des faits du capitaine, peut, ainsi que nous venons de le dire, s'exonérer de la responsabilité qui lui incombe au moyen de l'abandon autorisé par l'article 216 du Code de commerce. — Cet abandon, au cas d'abordage, ne peut s'entendre que du navire à l'occasion duquel la responsabilité est encourue. On ne considère comme garant que le navire en faute.

Les tribunaux sont souverains appréciateurs de l'abordage, quant à sa cause, sa nature et ses effets (Cass., 7 juillet 1835; 2 juillet 1838; S., 1. 35, 1, 840). Ils sont guidés dans cette appréciation par le rapport des capitaines, la déclaration de l'équipage et des passagers et la position des navires. Il a été introduit par les usages de la marine certaines règles qui peuvent faciliter la détermination de la faute, selon que ces règles ont été observées ou violées, à l'entrée des navires, à leur sortie ou dans leur mode de navigation. Ces principes

Digitized by Google

ont été puisés dans le *Consulat de la mer*, dans les jugements d'Oléron, dans les ordonnances de Wisby, dans l'ordonnance de 1681 et dans la jurisprudence[1].

Le propriétaire de navire peut *délaisser* son navire aux assureurs (art. 369 et suiv. C. com.) et faire *abandon* à ses créanciers (art. 216 C. com.). — Nous allons nous expliquer sur ces deux facultés, dont parle le droit commercial maritime.

Le *délaissement* transporte la propriété de la chose délaissée, c'est-à-dire attribue privativement, à titre de propriétaire, la chose, objet du risque, à l'assureur (Cass., 4 mai 1836; S. V, 36, 1, 333), qui est subrogé légalement dans tous les droits de l'ancien propriétaire.

Le délaissement des objets assurés peut être fait : « en « cas de *prise*, de *naufrage*, d'*échouement avec bris*, d'*innavi-* « *gabilité, par fortune de mer*..... en cas de *perte* ou de *détè-* « *rioration des effets assurés*, si la *détérioration* ou la *perte va* « *au moins à trois quarts.* » (Art. 369 C. com.)

L'abandon, au contraire, n'est nullement translatif de propriété; le créancier auquel il est fait n'a que le droit de se faire payer sa créance sur le navire qui est affecté au payement jusqu'à concurrence de ce qui est dû, mais sans pouvoir bénéficier de l'abandon[2].

« On demandera, dit Dalloz (*Droit maritime*, n° 221), comment l'armateur peut faire *l'abandon du navire à un tiers*, après que, pour *recouvrer le montant de ses assurances*, il en a déjà fait le *délaissement à l'assureur*..... Le délaissement transporte la propriété..... Le délaissement n'oppose donc pas plus d'obstacle à l'abandon ultérieur que la vente d'un immeuble hypothéqué n'en oppose à l'exercice du droit des créanciers hypothécaires..... La propriété du navire n'a été transmise à l'assureur par le délaissement qu'avec les *charges réelles* dont il était grevé entre les mains de l'assuré. On comprend que cet assureur est tenu d'acquitter ces charges ou d'abandonner lui-même le navire qui y est affecté. — En abandonnant aux créanciers du capitaine le navire et le fret, l'armateur ne fait autre chose que les renvoyer vers les

[1] V. Toussaint, *Manuel des armateurs et des capitaines*, p. 220 et suiv.
[2] V. *Id.*

Digitized by Google

assureurs devenus propriétaires par le délaissement du navire et du fret. — L'assureur peut, à son tour, comme le propriétaire, aux droits duquel il se trouve, s'affranchir de tous payements en abandonnant aussi le navire et le fret. »

Ainsi, l'armateur, en cas de sinistre, peut toucher de ses assureurs le montant de son assurance, c'est-à-dire une somme égale à la valeur réelle des effets assurés. La valeur des objets assurés est ordinairement fixée par la police. Puis, cette somme touchée, il peut faire l'abandon de son navire à ses créanciers, à la charge par ses assureurs de les payer, si mieux ils n'aiment eux-mêmes faire l'abandon du navire et du fret. — L'armateur, suivant cette interprétation, n'est tenu à réparation que parce qu'il est propriétaire du navire. — Par le délaissement, il n'a plus de navire, il est vrai, mais il reçoit une somme qui en représente la valeur, et par l'abandon, il se libère.

M. Dalloz assimile cette opération à ce qui se passe en matière d'hypothèque. Suivant nous, il n'y a aucun rapport entre ces deux situations, du moins en ce qui a trait au résultat final. — Lorsqu'un immeuble hypothéqué a été vendu et que le prix en a été distribué entre les divers créanciers, suivant leurs rangs d'hypothèques, que reste-t-il au débiteur, ancien propriétaire de l'immeuble vendu?... — Rien, si les dettes ont absorbé le prix. — L'armateur, au contraire, conserve la chose sous une autre forme, il est vrai, sous forme d'espèces, mais cela importe peu pour lui, et les créanciers reçoivent..... une expectative de payement.

On voit, d'après ce qui précède, que, dans le cas d'un sinistre en mer qui a pour cause une collision entre deux navires, il peut y avoir avantage pour le propriétaire du navire abordeur à se trouver dans un cas de délaissement. Car, par le délaissement à l'assureur, il oblige celui-ci à lui payer ce qu'il lui a promis, et, ensuite, par l'abandon, il se libère vis-à-vis de ses créanciers. — Si le délaissement n'est pas possible (les cas prévus par la loi sont de droit étroit et exclusifs de tous autres), le propriétaire du navire abordeur n'a plus qu'une action d'avarie, dont le but est de faire payer par l'assureur une indemnité équivalente au dommage éprouvé. — L'action en délaissement, au contraire, tend à obtenir le payement de l'indemnité stipulée moyennant l'a-

Digitized by Google

bandon à l'assureur de ce qui peut rester des objets. — L'assureur répond généralement de toutes pertes et dommages réalisés sur la mer ou par la mer, par cas fortuit ou force majeure. Les effets et l'étendue de cette responsabilité sont déterminés par les conventions des parties, ou, en l'absence de stipulations expresses, par le droit commun qui régit alors souverainement les contractants [1].

Les contrats d'assurance ont rendu au commerce maritime un immense service [2].

Nous demandons, au sujet de ce contrat, à citer un passage du discours prononcé par M. Corvetto, conseiller d'État, dans la séance du 8 septembre 1807. Comme on le verra, il y a dans les paroles de l'honorable orateur des accents qui atteignent jusqu'au lyrisme : « Nous arrivons, messieurs, disait-il aux membres du Corps législatif, au contrat d'assurance. Il est agréable de reposer un instant l'attention fatiguée sur ce *beau contrat*, noble *produit du génie et le premier garant du commerce maritime.* — Les chances de navigation entravaient le commerce. Le système des assurances a paru, il a consulté les saisons, il a porté ses regards sur la mer, il a interrogé ce terrible élément, il en a jugé la constance, il en a pressenti les orages, il a étudié la pratique, il a connu les ports et les côtes des deux mondes, il a tout soumis à des calculs savants, à des théories approximatives, et il a dit au commerçant habile, au navigateur intrépide : *Certes*, il y a des *désastres sur lesquels l'humanité ne peut que gémir*, mais, *quant à votre fortune*, *allez*, *franchissez les mers, déployez votre activité et votre industrie*, *je me charge de vos risques.* Alors, messieurs, *il est permis de le dire, les quatre parties du monde se sont rapprochées.* »

L'enthousiasme ne pouvait atteindre un degré plus élevé. Ce noble produit du génie est aussi un produit de l'esprit de gain. Non, ce n'est pas là une de ces conceptions philanthropiques imaginées seulement pour le plus grand bien de l'humanité. — L'assureur a eu en vue, d'abord et avant tout, les avantages qu'il peut retirer de son contrat. Et, comme

[1] Aldrick Caumont, *Assurances maritimes*, p. 293.

[2] Le contrat d'assurance date du XIVe siècle. (V. Aldrick Caumont, *Assurances maritimes*, p. 288.)

Digitized by Google

les risques sont grands, les primes d'assurances sont fort élevées, ce qui est tout naturel. — La pensée qui se dégage de ce discours est celle-ci. — Les existences humaines qui se confient à la mer sont exposées à bien des périls. Les désastres dont elles sont les victimes sont irréparables. — L'humanité ne peut que les déplorer. — Mais vous, armateurs, n'ayez nul souci des vents et des flots.... l'assureur se charge de vos risques.

Quels sont donc les risques dont répond l'assureur? — L'article 350 du Code de commerce nous les fait connaître. — Article 350: « Sont aux risques des assureurs toutes pertes et dommages qui arrivent aux objets assurés, par tempête, naufrage, échouement, *abordage fortuit*, etc..... » — Ainsi, dit Dalloz, toutes pertes et dommages provenant du *fait de l'assuré* ne sont point à la charge de l'assureur, et même la prime lui est acquise s'il a commencé à courir les risques (art. 351 C. com.).— Et, plus loin : « Les assureurs ne répondent pas de la négligence du commissionnaire de l'assuré, parce que le commissionnaire représente le commettant, lequel doit s'imputer d'avoir fait un mauvais choix... Les accidents, même de force majeure, n'engagent la responsabilité des assureurs qu'autant que l'assuré s'est rigoureusement renfermé dans les termes de la police [1]. » — Comme on le voit, ce serait une erreur de croire que par le contrat d'assurance, l'armateur met sa fortune commerciale à l'abri de toute espèce de périls. — Les assureurs répondent, dans *le cas où ils ont pris à leur charge* la baraterie de patron, des dommages auxquels a été condamné le navire assuré, par suite d'un abordage dont la faute a été imputée au capitaine [2]; mais l'assurance ne peut avoir pour objet la vie des hommes de l'équipage ou des passagers [3] (art. 334 C. com.)

Si la situation d'un armateur est pleine de dangers au

[1] Dalloz, *Droit maritime*, n°s 1867, 1868, 1870.

[2] Cass., 23 décembre 1857; S. V., 58, 1, 153; 12 février 1861, 1, 239.

[3] *Liberum corpus æstimationem non recipit* (l'homme libre est hors de prix) disaient les lois romaines. Cette prohibition a été renouvelée par l'ordonnance de la marine. Mais la vie des esclaves pouvait devenir matière d'assurance maritime, parce que les esclaves étaient réputés choses meubles et marchandises (art. 44 du Code noir). V. Émérigon, *Traité des assurances*, sect. I.

Digitized by Google

point de vue des capitaux qu'il a engagés dans une entreprise de transports maritimes, la situation faite par la loi aux ayants droit à une indemnité est aussi bien singulière.

On peut trouver, en effet, étrange qu'après avoir écrit dans nos lois le principe de responsabilité, on donne à l'armateur la faculté d'y échapper. Tout cela, considéré au point de vue philosophique, est peut-être sujet à de vives critiques; car on ne comprend guère, d'une part, cette rigueur, et, de l'autre, cette facilité. — Nos lois civiles n'ont pas de ces tempéraments. Un principe admis, il faut l'accepter avec toutes ses conséquences. Est-ce sérieux de poser une règle et d'indiquer le moyen de s'y soustraire?

Nous trouverions plus logique que l'armateur, le principe de la responsabilité admis, ne pût jamais se décharger de la réparation qui lui incombe. Mais pour que le dédommagement ne fût pas tantôt trop considérable, et peut-être tantôt trop faible, on pourrait, comme l'a fait la législation anglaise [1], l'évaluer à un chiffre déterminé suivant l'importance des navires.

Les risques à la mer pour les hommes d'équipage sont grands, mais aussi leur salaire est en proportion des dangers qu'ils courent et de la peine qu'ils se donnent. Il est certain que celui-là qui expose sa vie chaque jour doit être payé plus cher que celui qui exerce une profession où il n'a aucun danger à redouter. Il n'est pas rare de voir des hommes qui, la veille, dans des chantiers de construction ou ailleurs, gagnaient 7 à 800 francs par an, le lendemain, recevoir, comme marins, 12 à 1,500 francs par an. De plus, quand ils sont à bord de certains bateaux (bateaux de pêche), ils ont une part dans les profits. — Plus la pêche est abondante, plus, par conséquent, leurs bénéfices sont élevés. Il est à notre connaissance que des marins qui avaient été occupés à la pêche de la morue sur les côtes du Groënland ont gagné dans leur campagne, c'est-à-dire pendant la saison de la pêche, des sommes relativement fortes.

On a prétendu que les marins sont pour les armateurs des *instruments de lucre*, qu'étant à la peine, on ne saurait leur

[1] V. *the Laws of shipping and insurance by James Lees*, Liverpool, 1855, p. 643.

Digitized by Google

marchander des secours, — Ces expressions : *instruments de lucre,* sont inexactes; il y a plus, mal interprétées, elles peuvent être dangereuses. C'est avec des mots semblables qu'on excite les ouvriers contre ceux qui les emploient, qu'on fait des grèves.

Le marin est pour lui-même, comme tous ceux qui travaillent pour le compte d'autrui, un instrument de lucre.

Que le navire soit avarié, que les filets de pêche soient déchirés, la perte est pour l'armateur, le marin n'a rien à y voir. Sa paye, à lui, reste toujours la même; de plus, nous l'avons dit, il est associé au gain de l'entreprise. Assurément, la part revenant à l'armateur est plus forte que la sienne, mais c'est une juste compensation des charges plus lourdes qui incombent au propriétaire du navire.

Il est vraiment surprenant qu'on se serve de cette expression instrument de lucre au temps où nous sommes, comme si les marchés entre les hommes n'étaient pas librement consentis. L'ouvrier de terre ou de mer n'est pas matière à profit; ce n'est point une chose dont on se sert, lui abandonnant, à lui ouvrier, et la peine et le danger. — Il n'y a plus d'esclaves parmi nous, il n'y a que des hommes libres, des hommes dont le travail, il faut le dire, est largement rémunéré. Chacun gagne suivant ses œuvres. L'ouvrier laborieux ne se plaint jamais. Ceux qui se plaignent, ce sont les paresseux, ceux qui voudraient ne rien faire et gagner gros, ceux qu'une secrète envie mord au cœur. C'est avec cette arme empoisonnée, l'envie, qu'on bouleverse un peuple, qu'on le porte aux extravagances les plus insensées. Il ne s'agit plus alors de ramasser, par une vie laborieuse et économe, une épargne qui va toujours grossissant et qui, accumulée de génération en génération, constitue, à un moment donné, une fortune, dont il y a lieu d'être fier parce qu'elle est honnête. Non, il faut jouir, jouir vite, coûte que coûte; il faut avoir les honneurs qui n'appartiennent qu'au mérite. — On peut arriver à cette situation qu'une âme honnête dédaigne, et à laquelle, certainement, ne s'attache jamais la considération...

Dans ces vastes entreprises industrielles qui sont la richesse des pays civilisés, croit-on que la main qui exécute a plus de mérite que le cerveau qui conçoit, que la pensée qui

Digitized by Google

organise, que la volonté qui dirige? Le maître et l'ouvrier concourent à l'œuvre commune, chacun suivant leurs moyens; l'un et l'autre tirent un profit de leurs travaux. Le premier, par son intelligence dans la conception de l'œuvre, dans la réunion des éléments propres à la faire réussir, dans l'exécution de l'idée conçue. Il y a lieu aussi de considérer pour lui les avantages résultant d'une mise de fonds sans laquelle toute entreprise est impossible. L'autre profite de son labeur quotidien.

De semblables théories sont funestes, elles faussent l'esprit des faibles; elles bouleversent toutes les notions du bien et du mal; elles surexcitent les passions malsaines et toutes les convoitises.

Il est dans l'ordre de la nature qu'il y ait des forts et des faibles, des courageux et des pusillanimes, des prodigues et des économes, des sensés et des fous, des intelligents et des simples. — Il est aussi dans l'ordre de la nature que les uns aient sur les autres la supériorité que donne la force, le courage, l'intelligence. Il sera dans le rôle des uns de diriger et des autres de se laisser conduire.

Dans la société, rien ne se passe autrement. — Celui qui a des capitaux, de l'intelligence, l'esprit d'ordre et d'économie. va construire des ateliers, acheter des machines, créer un grand centre industriel dont il sera l'âme et le cerveau. Sous ses ordres se rangeront une foule d'hommes laborieux, ceux qui n'ont ni capitaux ni le talent d'organisation, mais qui sont habiles à exécuter. Ainsi se trouvera formée une grande famille de travailleurs, où chacun aura son rôle assigné, où chacun prendra sa part dans les profits suivant son concours à la chose commune. — Que peut l'ouvrier sans le maître? — Rien.

Ne disons donc pas que l'ouvrier ou le marin est pour son maître ou le propriétaire du navire un instrument de lucre. Il est un agent de l'activité sociale. Il n'enrichit pas son maître ou l'armateur, par un travail improductif, il travaille pour lui sous la direction d'un autre plus capable. Voilà la vérité.

Digitized by Google

§ VII.

La jurisprudence a eu, plusieurs fois, à s'occuper de questions analogues[1] à celle qui fait l'objet de ce travail; elle s'est prononcée pour la responsabilité. — Quels sont les motifs donnés à l'appui de ses décisions?

Suivant l'article 1384 du Code de commerce, a-t-on dit, les *maîtres* et les *commettants* sont responsables civilement du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés, sans qu'ils puissent s'exonérer de cette responsabilité en prétendant qu'ils n'ont pu empêcher le dommage. Le *principe* édicté dans cet article est général; il *s'applique en matière commerciale comme en matière civile*[2]... Pour les matières maritimes, il est reproduit dans l'article 216 du Code de commerce.

Cette assertion est une pétition de principe, car on suppose démontré ce qui est à prouver : l'armateur est-il un commettant ordinaire? est-il le commettant dont parle l'article 1384 du Code de commerce?

Prendre comme point de départ de son argumentation une proposition contestable et contestée est un moyen facile d'arriver à la conclusion que l'on désire, mais c'est un mode de raisonnement que la logique réprouve. Les prémisses de tout argument doivent être des propositions tenues pour certaines et généralement reconnues pour vraies. Il n'en est point ainsi dans notre espèce. — Les armateurs et leurs capitaines ne sont pas dans les conditions ordinaires des commettants et de leurs préposés. L'article 1382 du Code civil veut une *faute*, l'article 1384 la suppose. Là, il n'y

[1] Nous disons analogues, car les espèces citées par les recueils de jurisprudence ne sont point identiques à celle qui nous occupe.

Les décisions les plus récentes sont : un arrêt de la Cour de Rouen du 8 avril 1864 (S. V., 64, 2, 99); un arrêt de la Cour de cassation du 29 mars 1854 (S. V., 54, 1, 236); V. aussi Rennes, 3 août 1832 (S. V., 32, 2, 547).

[2] *Sic* M. Aldrick Caumont, *Abordage maritime*, p. 78, n° 187.

Sic M. Toussaint, *Code manuel des armateurs*, p. 220, 552.

Ces deux auteurs ne donnent pas de motifs à l'appui de leur opinion. Le premier cite l'arrêt de la Cour de Rouen du 8 avril 1864; le second, l'arrêt de la Cour de Rennes du 3 août 1832. (V. *suprà*.)

A ces deux auteurs, joignez MM. Alauzet, *Comment. du Code de commerce*, t. III, n° 1107, et Bédarride, *Droit maritime*, t. 1, n° 287.

Digitized by Google

a ni faute ni présomption de faute dans le choix ou la surveillance. Ces éléments constitutifs de la responsabilité au point de vue du droit civil n'existant pas, l'article 1384 qui édicte une pénalité et qui, à ce titre, est de *droit étroit*, ne saurait trouver dans notre hypothèse son application.

Pour les matières maritimes, ajoute-t-on, le principe de l'article 1384 du Code civil est reproduit dans l'article 216 du Code de commerce pour les faits du capitaine ; seulement la loi commerciale y met un tempérament pour encourager les armements, en permettant à l'armateur de s'en affranchir par l'abandon du navire et du fret. (V. arr. C. Rouen, 8 avril 1864; S. V., 64, 2, 99.)

Suivant nous, l'article 216 du Code de commerce n'a nullement reproduit le principe de l'article 1384[1].

Nous connaissons la source où cet article a été puisé. La pensée qui l'a inspirée, Valin nous l'a indiquée : « *Omnia enim facta magistri debet præstare qui eum præposuit, alioquin contrahentes deciperentur*[2]. » Il n'est pas question, dans ce passage de la loi romaine, cité par Valin, d'une faute ni d'une présomption de faute de la part du propriétaire du navire qui engageait sa responsabilité. — Le propriétaire répond de tous les faits de son capitaine parce que « le propriétaire, en donnant au capitaine le commandement de son navire, est censé l'avoir autorisé à faire, en son absence, tout ce qu'il jugera convenable pour le salut du bâtiment et le succès de l'expédition, et avoir *accédé d'avance à toutes* les obligations qu'il contractera à ce sujet[3]. » — Il répond civilement de ses délits, parce qu'il fallait donner une sûreté au public à l'occasion des abus, malversations ou déprédations des capitaines ou des gens de l'équipage[4].

[1] V. ce qui a été dit au § 5.

[2] V. Valin, cité *suprà*. V. § 5, ff., *De exercitoria actione*.

[3] Boulay-Paty, conférence LXII; sur la section V du *Traité des assurances* d'Émérigon.

[4] Ces craintes n'étaient pas sans fondement. Le pouvoir législatif a été plusieurs fois obligé d'intervenir pour réprimer les délits et les crimes commis par les capitaines dans le cours de leur navigation. V. loi du 15 avril 1818, concernant les délits relatifs à la traite des noirs; l'ordonnance du 18 janvier 1823, concernant les délits des armateurs et capitaines qui em-

Digitized by Google

Nous avons dit que la jurisprudence s'était prononcée pour la responsabilité. — Interrogeons les arrêts invoqués contre la thèse que nous soutenons. C'est d'abord un arrêt de la Cour de Rouen du 8 avril 1864 (S. V., 64, 2, 99). — Il s'agissait, dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de Rouen, de savoir si l'armateur d'un navire est civilement responsable des dommages résultant des délits commis à bord par des gens de l'équipage pendant leur service et à l'occasion de ce service, alors même qu'il aurait été impossible au capitaine d'empêcher les faits dommageables, et que les auteurs de ces faits auraient été engagés, non par lui directement, mais par le capitaine. — Un nommé Bailly, maître d'équipage, était de quart alors qu'un nommé Soarès, marin, tenait la barre. Pendant le service de l'un et de l'autre, Bailly porta des coups à Soarès. M. Dusseigné, armateur, fut cité par Soarès, comme civilement responsable du fait dommageable dont il avait été la victime. La Cour admit la responsabilité par les motifs suivants : « Attendu que cette responsabilité pour les faits délictueux imputés au capitaine d'un navire, dans l'exercice de ses fonctions, doit aussi, dans de semblables circonstances peser, d'après l'article 223 du Code de commerce, sur l'armateur pour les faits de même nature commis par les gens de l'équipage ; qu'en effet le *choix des gens de l'équipage*, quoique laissé au capitaine, même dans le lieu de la demeure de l'armateur, qui, *dans l'espèce, a accepté ce choix*, est *réputé le fait* de celui-ci, et qu'il en sort contre lui une *présomption* qui le rend responsable des délits commis dans leurs prépositions par les gens de l'équipage dont il a *accepté la composition*, comme il l'est de ceux du capitaine lui-même dans les mêmes conditions... ; qu'ainsi, en droit, la responsabilité de Dusseigné est engagée si, en fait, il est prouvé que le délit dont Bailly, le maître d'équipage de son navire, a été déclaré coupable, a eu lieu dans son service de maître d'équipage du navire *Polymnie*. » Le tribunal civil avait décidé le contraire.

L'arrêtiste qui rapporte cet arrêt, dit dans une note au bas

ploient et affrètent leurs navires à transporter des esclaves dans la mer du Levant ; la loi du 10 août 1825, concernant la sûreté de la navigation et du commerce maritime.

Digitized by Google

de cet arrêt : « La Cour de cassation, par un arrêt du 29 mars 1854 (vol. 1854, 1, 236), a décidé également que le propriétaire du navire n'est pas seulement responsable civilement des fautes du capitaine, mais aussi de celles que les gens de l'équipage commettent, dans le service auquel ils sont employés. » — Le fait sur lequel la Cour de cassation avait eu à statuer était celui-ci : — Le 14 décembre 1851, le bâteau à vapeur *l'Industrie*, appartenant aux sieurs Valéry frères, fit explosion dans le port de Marseille. Parmi les victimes de cet accident se trouvait le sieur Visconti, l'un des passagers, qui cita les sieurs Valéry comme responsables, devant le tribunal civil de Marseille. — Le tribunal de Marseille, saisi de la question de responsabilité, décida : « que les mécaniciens, soit par la nature, soit par l'importance de leurs fonctions à bord, ne peuvent pas être considérés comme des hommes d'équipage au choix des capitaines; — Que ce choix, plus important que celui des capitaines eux-mêmes, est *laissé au soin des propriétaires*, et qu'en ce qui concerne le service de la machine, ils ne relèvent pas du capitaine et en sont tout à fait indépendants; que, *choisis par les propriétaires*, ils engagent la responsabilité de ces derniers comme leurs préposés. » — Le tribunal, en déclarant que les *mécaniciens* et *chauffeurs* ne sont pas *sous la direction du capitaine*, commit une erreur qui fut justement relevée par la Cour de cassation. Le contraire résulte, en effet, clairement des articles 38, 39 et 41 de l'ordonnance réglementaire du 17 janvier 1836. — Mais c'est là un fait secondaire pour nous. — Ce que nous voulons relever dans ce jugement, c'est que le tribunal s'est attaché à démontrer la responsabilité des propriétaires de navire en s'appuyant sur le *choix* que les propriétaires avaient fait des mécaniciens auteurs de l'accident. — La Cour s'est décidée par les motifs suivants : « Attendu que ces faits constituent des *fautes commises* par les mécaniciens et les chauffeurs dans leur service, et *qu'en déclarant les propriétaires du paquebot* l'Industrie *civilement responsables*, l'arrêt attaqué n'a contrevenu à aucune loi, mais a fait, au contraire, une juste application de l'article 216 du Code de commerce. » La Cour de cassation ne s'explique pas davantage, dans cet arrêt, sur les éléments constitutifs de la responsabilité de l'armateur.

Digitized by Google

L'armateur est-il responsable des faits des gens de l'équipage? telle était la question. L'article 216 du Code de commerce ne le dit pas ; cet article ne parle que de la responsabilité de l'armateur pour les faits du capitaine. Alors voici comment on raisonne. Le capitaine est responsable des actes de ses préposés, des actes de tous ceux qu'il a sous son commandement et sous sa surveillance (art. 1384 C. civ.). L'armateur, de son côté, est responsable des faits de son capitaine (art. 216). D'où il suit que l'armateur, responsable des actes de son capitaine, l'est indirectement des faits des autres gens de l'équipage. — A cela nous répondrons : De deux choses l'une : ou l'armateur a concouru au choix des hommes de l'équipage, ainsi que le veut l'article 223 du Code de commerce lorsque le capitaine se trouve au port d'armement; ou bien les hommes ont été choisis directement par le capitaine, en dehors de tout concours de l'armateur, ce qui arrive toutes les fois que le capitaine loue des matelots ou autres gens d'équipage ailleurs que dans le lieu de la demeure des propriétaires de navires. Dans la première hypothèse, l'armateur peut être considéré comme responsable des actes des hommes de l'équipage, si l'on pense qu'il a commis une faute au moment ou il a loué ces hommes. C'est une application ordinaire des principes contenus dans l'article 1384 du Code civil. On ne peut pas dire que, vis-à-vis de l'armateur, le choix des gens de l'équipage soit un choix imposé; il n'en est point ici comme pour le choix du capitaine.

Dans la seconde hypothèse, il semble difficile d'admettre l'application de l'article 1384 du Code civil. Nous supposons, en effet, que les matelots ou autres gens de l'équipage ont été choisis et loués directement par le capitaine, en dehors de toute participation de l'armateur. Dans ces conditions, l'armateur ne peut être ni en faute ni présumé en faute dans le choix bon ou mauvais de ces hommes. — Que si plus tard, à la mer, un délit ou un crime est commis par un matelot ou un marin, l'armateur doit-il donc être déclaré responsable des actes d'un homme dont il n'a point loué les services et dont il lui est impossible de surveiller la conduite pendant le cours de la navigation?...

Dans l'espèce jugée par la Cour de cassation, la question à résoudre ne présentait pas de difficultés, parce qu'il avait

Digitized by Google

été reconnu en fait et déclaré par le tribunal de Marseille que les propriétaires avaient choisi les mécaniciens auteurs de l'accident. Il s'agissait donc, comme on le voit, de l'application pure et simple de l'article 1384 du Code civil. C'est ce qu'a fait le tribunal de Marseille et, après lui, la Cour d'Aix, le 17 août 1853. — La Cour de cassation n'avait point à s'occuper de déterminer les éléments constitutifs de la responsabilité de l'armateur dans tel ou tel cas, elle n'avait à se prononcer que sur un point de droit résultant des faits soumis à son appréciation, et elle a décidé que dans la situation présente les propriétaires de navires étaient responsables.

La solution à donner à notre seconde hypothèse reste donc entière. — Dernièrement, un drame horrible se passait en mer. A quelques milles de nos côtes se trouvait un navire d'origine anglaise monté par des Grecs. Il y avait eu une révolte à bord, et le capitaine avait été assassiné par ses matelots. (V. *Gazette des tribunaux*, 7 mars 1876). Dans un cas semblable, pense-t-on que l'armateur est responsable des actes des hommes composant l'équipage de son navire, et que, par conséquent, il est tenu à réparation vis-à-vis de la femme et des enfants du capitaine? Il ne s'agit pas dans cette espèce, remarquons-le bien, d'un cas de force majeure contre lequel la volonté humaine ne peut rien, mais bien d'un acte librement et volontairement accompli.

Si le propriétaire du navire n'a point participé au choix ou au louage des hommes composant l'équipage de son navire, il paraît difficile de lui faire l'application des dispositions de l'article 1384 du Code civil. — D'après l'article 216 du Code de commerce, l'armateur, répondant de tous les faits de son capitaine, doit-il indirectement répondre des faits des hommes placés sous la surveillance de ce dernier? En supposant, ce qui nous paraît inadmissible, qu'on puisse aller jusque-là, parce que la faute du capitaine peut être considérée comme la faute de l'armateur, lorsque c'est le capitaine lui-même qui est victime d'un odieux attentat de la part de ses subordonnés, il est évident que l'armateur ne peut être déclaré responsable que s'il a lui-même choisi ou loué ces hommes, auteurs du crime.

Il est inutile de citer les nombreux arrêts qui ont statué en

Digitized by Google

matière de responsabilité. Ces arrêts, à nos yeux, n'ont qu'un tort, mais il est grand, c'est de statuer dans des espèces qui n'ont aucun rapport avec celles dont nous nous occupons. On peut citer un arrêt de la Cour de cassation du 11 mai 1846 (S. V., 46, 1, 364). Il s'agissait d'un vol commis dans une hôtellerie, par un domestique de l'hôtelier, au préjudice d'un voyageur. — D'un arrêt de la Cour d'Amiens du 4 décembre 1846 (S. V., 1847., 2., 237). Il s'agit encore d'un vol domestique. Cet arrêt décide que la responsabilité des maîtres, à l'égard du dommage causé par leurs domestiques, dans les fonctions auxquelles ils les emploient, ne cesse pas par la preuve qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à la responsabilité. C'est là, en effet, une application parfaitement juridique de l'article 1384 du Code civil [1].

[1] (*Sic*). V. un arrêt de la Cour de Paris, du 8 décembre 1856 (S. V., 57, 2, 446); Cour de cassation, 13 décembre 1856 (S. V., 57, 1, 442). Ce dernier arrêt déclare qu'un maître, qui a le droit et le devoir de surveiller un moissonneur, est civilement responsable du dommage causé par ce préposé dans les fonctions auxquelles il était employé : « Attendu, dit la Cour dans cet arrêt, qu'il résulte de ces constatations que l'ouvrier avait été *choisi* par le maître et *commis* par lui à un travail qu'il exécutait pour celui-ci, *sous son autorité et sous sa direction.* » (V. Cass., 30 août 1860, S. V., 60, 1, 8, 13.) Il s'agit encore d'un vol domestique. Cet arrêt décide que le maître est responsable des dommages résultant de tous *faits commis chez lui*, par son domestique, sans qu'il puisse être admis à prouver qu'il les avait défendus, ni qu'il a été en son pouvoir de les empêcher. « Attendu, dit l'arrêt, qu'un domestique, dans la maison de son maître, *est toujours placé sous l'autorité de celui-ci...*; que le maître, tenu de surveiller son domestique, est responsable des dommages résultant des faits dont ce domestique a été déclaré coupable, par cela seul qu'*il ne les a pas empêchés*, sans qu'il puisse être admis à prouver qu'il *les avait défendus*, ni même qu'il n'aurait pas été en son pouvoir d'en prévenir la perpétration. » (Art. 1384 C. com. V. Dijon, 23 avril 1869; S. V., 2, 148.) — Un industriel avait reçu dans ses ateliers un ouvrier affecté d'un virus contagieux. Cet industriel fut assigné en responsabilité par un autre ouvrier auquel le mal avait été communiqué par suite de l'emploi forcément commun d'un instrument professionnel. La Cour, infirmant un jugement du tribunal civil, s'est prononcée pour la responsabilité, par ces motifs : « Le *libre choix* des ouvriers appartenant au maître, la loi l'a rendu nécessairement garant des rapports forcés établis entre eux, par son fait, dans l'exercice de son industrie... *Que si le maître a trop légèrement donné sa confiance, ou n'a pas pris de renseignements suffisants* sur la moralité ou la capacité de celui qu'il introduit dans son usine au préjudice d'autrui, il doit réparer le mal qu'il *pouvait conjurer d'avance*, et auquel ont été fatalement exposés les victimes de sa négligence et de son incurie. »

Digitized by Google

Tous ces arrêts, statuant dans des espèces diverses, ont toujours pris pour base de leurs décisions une *faute*, une *imprudence*, une *négligence*.

Dans un arrêt très-remarquable rendu le 19 juillet 1870 (S. V., 71, 1, 9), la Cour de cassation a posé en principe *que l'existence d'une faute légalement imputable constitue l'une des conditions essentielles de toute action en responsabilité, et que c'est à celui qui se prétend lésé par un délit ou un quasi-délit à prouver la faute qu'il impute.* « Attendu, dit cet arrêt, que si, aux termes de l'article 1383 du Code civil, chacun est responsable du dommage qu'il a causé non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence, il résulte en même temps des dispositions de l'article 1382 du même Code que son fait ne l'oblige à réparation que si le dommage est *arrivé par sa faute;* qu'ainsi *l'existence d'une faute légalement imputable constitue l'une des conditions essentielles de l'action en responsabilité;* que celui qui se prétend lésé par un délit ou un quasi-délit est, en conséquence, en sa qualité de demandeur, *tenu d'en justifier;* que, faute par lui d'en rapporter la preuve, sa demande n'est pas établie, elle doit être rejetée, sans que le défendeur ait à prouver le fait sur lequel il fonde une exception de libération. » L'arrêt cité accompagne cet arrêt des réflexions suivantes : — « Ces solutions offrent un assez grand intérêt de doctrine. Les procès en responsabilité analogues au procès actuel sont fréquents, mais rarement la question de principe est aussi nettement abordée qu'elle l'a été par les juges du fond et aussi par la Cour de cassation. — Deux difficultés se dégageaient de notre espèce, l'une tenant au fond du droit, l'autre à la charge de la preuve.

Il est un système qui est vaguement au fond de beaucoup d'esprits : c'est que le propriétaire répond du dommage causé par sa chose, non parce *qu'il est en faute*, mais *par cela seul qu'il est propriétaire.* Voici comment ce système se motive : Vous avez une chose en propre, vous l'utilisez, vous en avez tout le profit; si elle est nuisible à autrui, vous en devez réparation. — Vous introduisez ou vous entretenez au sein de la société un animal d'une impétuosité ou d'une voracité redoutable; vous construisez, vous employez un instrument, un moteur d'une grande puissance; vous le faites à vos ris-

Digitized by Google

ques et périls. Si les tiers en éprouvent un dommage, *vous qui avez retiré de la chose tous les avantages de son emploi, vous devez subir la charge de l'indemnité qui est due aux tiers.* Les dommages et intérêts *sont dus par la propriété plutôt que par l'homme. L'homme doit prélever sur la valeur de la chose et sur les profits qu'il en a retirés de quoi indemniser les tiers à qui la chose a nui.* — Ce système a existé dans la législation positive; il était consacré par l'ancien droit civil des Romains. Deux conséquences pratiques mettaient bien en relief le principe. L'action en réparation était dirigée, non pas contre le propriétaire de la chose au moment de l'accident, mais contre celui qui en était propriétaire au moment de la poursuite. (V. Instit. Justinien, liv. IV, tit. 8, § 5; Instit. de Gaïus, comm. IV, § 77.) Le défendeur à l'action en dommages-intérêts échappait à toute condamnation *en abandonnant la chose, en cessant d'être propriétaire* (Instit. Gaïus, comm. IV, § 75; Instit. Justinien, liv. IV, t. VIII et tit. 9). Les préteurs, inspirés ici, comme toujours, par l'équité, réagirent en un point contre le droit civil; *ils enlevèrent à celui dont la chose avait causé préjudice à autrui le droit de se soustraire à la condamnation par l'abandon de cette chose.* C'était une amélioration (Instit. Justinien, liv. IV, tit. 9, § 1. LL. 7 et 9; Digeste, *De damno infecto*, 39).

« Les rédacteurs du Code civil, profitant des progrès de la science, ont *introduit une harmonie plus parfaite dans le système de la responsabilité des préjudices causés; ils ont fait reposer l'obligation à des dommages-intérêts envers un tiers sur un principe unique, sur l'idée de faute. Nul n'est responsable d'un accident, s'il n'est en faute :* ainsi pourrait-on traduire l'article 1382. Fidèle à ce principe, le législateur déclare responsable des actes nuisibles d'un animal, non le propriétaire, mais celui qui l'avait en sa garde au jour de l'accident. Celui-là seul peut être en faute (art. 1384 et 1385). Tous les articles du chapitre des délits et quasi-délits ne répètent pas le mot *faute*, mais ils sont *tous dominés, à cet égard, par le principe écrit dans le* premier article de ce chapitre (art. 1382). — Que le dommage provienne de notre fait ou du fait des choses nous appartenant, il n'y a pas à distinguer. *Sans faute, point d'obligations, telle est l'interprétation embrassée catégoriquement par notre arrêt.* » *Sic* Lyon, 20 janvier 1863 (S. V., 64, 2, 1); Aubry et Rau, d'après Zachariæ, t. III, p. 547, § 446;

Digitized by Google

Larombière, *Oblig.*, articles 1382, 1384, 1385; 1386; Colmet de Santerre, *Cours de Code civil*, t. V, nos 364, 365, 366; Sourdat, *Responsabilité*, nos 645, 751, 1147 et suiv.; Duvergier, *Revue étrangère et française*, t. X, p. 425 et 601.

Nous avons cru devoir reproduire *in extenso* les réflexions suggérées à l'arrêtiste par l'arrêt de la Cour de cassation du 19 juillet 1870. Les raisons données par ce savant jurisconsulte viennent à l'appui du système que nous avons soutenu, et répondent d'une façon péremptoire à ceux qui prétendent que l'homme doit une réparation, non parce qu'il est en faute, mais parce qu'il est propriétaire. Elles contiennent aussi une réponse à ceux qui soutiennent, s'appuyant sur un faux sentiment d'humanité, que les ouvriers et marins sont, pour ceux qui les emploient et les font travailler, *un instrument de lucre*, et que, par conséquent, il y a lieu de prélever sur les profits que l'on a retirés de sa chose de quoi indemniser ceux à qui la chose a nui. — Non, la cause de la réparation n'est pas dans le profit, mais, ce qui est autrement moral et juste, dans la *faute* : — *Sans faute point d'obligations*, a dit la Cour de cassation.

Nous ne dirons pas que la Cour de cassation a inauguré une jurisprudence nouvelle, mais il nous semble qu'après sa décision si nette du 19 juillet 1870, on ne saurait plus se méprendre sur l'une des conditions essentielles de l'action qui nous occupe. — Interprétant la loi, elle dit : Le législateur a voulu que chaque homme répondît de ses actes, mais à une condition essentielle, c'est qu'il y eût de sa part une faute commise. — Ce principe de haute morale embrasse dans sa généralité toutes les actions humaines. — L'existence d'une faute *légalement imputable* constitue l'une des conditions essentielles de toute action en responsabilité. — Elle ajoute : C'est à celui qui se prétend lésé par un délit ou un quasi-délit à prouver la faute qu'il impute. — Assurément, il y a des présomptions légales qui dispensent de toute preuve celui au profit de qui elles existent. Mais, ces présomptions légales sont de *droit étroit*. Le mandat qui existe entre le capitaine et l'armateur étant un mandat *sui generis*, d'une nature particulière, la présomption de l'article 1384 ne s'applique pas à lui.

La Cour de Paris, s'expliquant sur la nature, sur le caractère de la disposition législative contenue dans l'article 1384,

Digitized by Google

a déclaré que cette disposition de loi avait un caractère véritable d'une *disposition pénale*, et devait, à ce titre, être considéré *comme une exception*, qu'*il y a lieu de restreindre dans des limites parfaitement définies*. — L'espèce sur laquelle la Cour de Paris avait à statuer n'a aucun rapport avec la nôtre. Il s'agissait d'une tentative de meurtre commise par un domestique, tentative dont on entendait rendre le maître civilement responsable. A ce point de vue il ne saurait donc être invoqué; mais cet arrêt, qui s'est approprié les motifs des premiers juges, est très-important par les principes qu'il pose.

Voici ce qu'avait décidé le tribunal. « Attendu que les responsabilités de l'article 1384 sont de *droit étroit*, car il n'est pas *équitable qu'on réponde du fait d'autrui; — Que, dès lors, cette disposition législative, ayant le caractère véritable d'une disposition pénale doit, à ce titre, être considérée comme une exception qu'il y a lieu de restreindre dans des limites parfaitement définies; — Il suit de là que l'application de cet article doit être écartée pour tous les cas qui ne rentrent pas dans son esprit.* » (S. V., 1875, 2, 36). La Cour, adoptant les motifs des premiers juges, a confirmé.

Ce jugement est accompagné dans Sirey de notes critiques fort remarquables où il est dit notamment ceci : « Le motif de la loi qui édicte la responsabilité des maîtres et des commettants est double : 1° le commettant *choisit le préposé;* 2° le commettant *qui commande le préposé a le droit de lui donner des instructions et des ordres et de surveiller* l'exécution du mandat qui lui est confié. — *La responsabilité du commettant n'est que la conséquence d'une présomption de faute et de négligence personnelle dans le choix et la surveillance des personnes que l'on emploie.* » (*Sic* Sourdat et Larombière.)

Toutes ces conditions ne se rencontrent pas dans le mandat de l'armateur au capitaine; il y a lieu dès lors de dire que l'armateur ne pouvant ni choisir ni surveiller son capitaine, n'est pas responsable aux termes de l'article 1384 du Code civil.

§ VIII.

La jurisprudence va plus loin.

Des arrêts ont décidé que le capitaine est responsable malgré la présence d'un pilote à bord (Rennes, 3 août 1832,

Digitized by Google

S. V., 32, 2, 547; Rouen, 20 février 1874, S. V., 74, 2, 90 [1]).— La jurisprudence a cependant varié sur ce point. (V. trib. de Marseille, 11 mai 1827; Bordeaux, 28 février 1829; Dalloz, *Dr. mar.*, n° 50, trib. de Marseille, 5 mai 1831.)

Les pilotes ont pour emploi de diriger les bâtiments dans les parages difficiles.

Sous l'empire de l'ordonnance de 1681, on distinguait deux sortes de pilotes : le pilote *hauturier* pour la navigation en pleine mer et au long cours, et le pilote *côtier* autrement appelé *locman* (*homme du lieu*) ou *lamaneur*, pour la navigation de port en port et le long des côtes (Valin lib. II, tit. IV).

Aujourd'hui les pilotes se divisent en pilotes *côtiers*, pilotes *lamaneurs*, et *pratiques*. — Les premiers sont les pilotes *gradés* des bâtiments de commerce et surtout des navires de l'État. —Les seconds sont les pilotes *jurés* que l'on prend à l'entrée des ports ou des rivière, même quand on a déjà à bord un pilote *côtier*. — Enfin, les troisièmes sont des pêcheurs qui, sans responsabilité légale, consentent à guider le navire dans les parages que la pratique leur a fait connaître.

Les pilotes ont un service *obligé* pour eux, et *obligatoire pour les bâtiments qui entrent dans les ports ou qui en sortent* [2]. Nul autre marin ne peut prendre dans ce cas la direction des bâtiments, à peine de 50 francs d'amende et de trois mois de prison (décr. du 12 décembre 1806, art. 29 [3]).

L'obligation pour les capitaines des bâtiments, de prendre un pilote, à l'entrée et à la sortie des ports, a été sanctionnée par des peines sévères.

Le capitaine est responsable, dans ce cas, comme d'un *fait de baratrie*.

« La présence d'un pilote à bord, dit M. Dalloz (cité *suprà*) diminue la responsabilité du capitaine, mais elle ne la fait pas totalement disparaître; *elle ne fait pas non plus cesser celle de l'armateur.* » — Un pilote maladroit jette un navire sur un écueil, un banc de sable, ou tout autre obstacle, — les passagers et gens de l'équipage trouvent la mort dans ce déplorable accident, — dira-t-on que le capitaine est

[1] *Sic* Sibille, *De l'abordage*, n° 328; Caumont, *Dictionnaire de droit maritime*, v° *Pilote*, 38; Toussaint, *Code manuel des armateurs*, p. 588.

[2] V. L. 15 août 1790; décr. 12 décembre 1806; ordonn. des 19 mars, 5 mai et 4 juin 1843, 25 septembre 1844, 13 mai 1846.

[3] Dalloz, *Organisation maritime*, n° 447.

Digitized by Google

responsable de la mort de tous ces malheureux naufragés et, avec lui, l'armateur? — Ce fait malheureusement s'est présenté il n'y a pas bien longtemps. On lisait dans le journal de la *Gironde* du 22 décembre dernier. « La *Louisiane*, commandant Riboulet, venant des ports du Mexique et de Saint-Thomas, entrait en rivière lundi, 20 décembre, dans la soirée, avec un chargement de diverses marchandises et quelques passagers pour Bordeaux et le Havre; le pilote Vircaven de la station de Pauillac avait été embarqué à l'embouchure de la Gironde. A peine le navire arrivait-il au mouillage de Richard que le pilote annonça qu'il apercevait devant lui un feu blanc devant la mâture d'un navire... Ce navire, que le malheureux pilote voyait devant lui, était le *paquebot des messageries maritimes de la Gironde*, commandant Jacques, qui effectuait le départ réglementaire du 20 décembre pour le Brésil, la Plata. Comme la *Louisiane*, la *Gironde* était en marche... Nous n'avons pas ici à nous prononcer sur *la manœuvre de tel ou tel pilote*, car la *Gironde* avait aussi le sien à bord. Les tribunaux auront à se prononcer à ce sujet. — Un abordage eut lieu, la collision fut terrible: en moins de trois minutes la *Louisiane* avait sombré, ne laissant plus voir que sa mâture; quatorze personnes disparurent dans les flots au nombre desquels se trouvait le capitaine Riboulet. »

Dans un semblable événement où peut-on voir la faute de l'armateur? Le choix du capitaine est imposé à l'armateur, et le choix du pilote est imposé au capitaine[1]. — Dans ces conditions peut-on être admis à soutenir au point de vue civil, article 1384, que l'armateur doit être déclaré responsable du fait de son capitaine, et tenu à indemniser les parents des malheureux naufragés qui ont trouvé la mort dans une rencontre résultat de la faute du pilote? — Cela nous paraît difficile même avec l'article 216 du Code de commerce, car cet article ne parle de la responsabilité de l'armateur qu'en ce qui concerne les faits du capitaine et non les faits de toute autre personne. Et l'on ne peut pas dire que le pilote soit le préposé ou le subordonné du capitaine; le pilote n'a point été choisi par lui, et, à bord du navire, il est investi de sa direction.

Que, dans un intérêt commercial, on déclare que le capi-

[1] A la sortie des ports tout au moins.

Digitized by Google

taine est responsable, nous n'avons pas à nous préoccuper de ce point, n'étudiant en ce moment qu'une question de droit civil.

Il s'agit d'un fait civil; nous sommes devant une juridiction civile, et l'on demande sans doute, devant cette juridiction, l'application des règles du droit commun. — Pour les tribunaux civils, la Cour de cassation l'a déclaré, il n'y a pas de *réparation sans faute*. — En droit commercial, un navire est à la mer, il voyage aux risques et périls de celui à qui il appartient. La fortune de l'armateur ne se trouve engagée vis-à-vis des tiers qui ont contracté avec lui, à l'occasion de son navire et de son chargement, que jusqu'à concurrence du navire et du fret. Si, par suite d'un heurt quelconque, le navire est avarié ou sombre, l'armateur, en renonçant à sa propriété, se décharge de toute action née à l'occasion de cette propriété. Évidemment, dans cette occurrence, il n'y a pas à rechercher s'il y a faute, ou non, de la part du capitaine ou de l'armateur. — L'armateur est engagé par sa chose, et il est engagé *réellement*, c'est-à-dire sur le navire, *in re*. Mais si, nous plaçant à un autre point de vue qui n'a aucun rapport avec celui-là, nous nous trouvons en présence d'un accident maritime survenu *par l'impéritie*, comme navigateur, d'un capitaine ou d'un pilote, gens dont le choix a été imposé à l'armateur, sur lesquels il ne peut exercer aucune surveillance, qu'il n'aurait pas le droit de commander en mer, eh bien! nous disons et nous répétons que la responsabilité qui leur incombe ou qu'on veut leur faire supporter est tout à fait contraire aux règles du droit civil, aux règles les plus élémentaires de la justice et de l'équité.

Sans doute, autrefois, sous l'empire de l'ancienne législation antérieure à 1681, législation dont se sont inspirés les rédacteurs de l'ordonnance et nos législateurs de 1807, les propriétaires de navires étaient responsables de tous les faits *licites* ou *illicites*, sans exception, de leurs capitaines. — Pourquoi? parce que l'on considérait que le propriétaire du navire doit être tenu à réparation, non parce qu'il a pu *commettre une faute*, mais *parce qu'il est propriétaire* (nous n'avons pas besoin de revenir sur ce sujet, que nous avons déjà développé plus haut). Et, partant de cette idée que l'homme doit parce qu'il est *propriétaire*, on a décidé, d'après *Gaïus* et *Justinien*, que le défendeur à l'action en dommages-intérêts

Digitized by Google

échappait à toute condamnation en abandonnant sa chose, en cessant d'être propriétaire.

Aujourd'hui, ces principes ont été rejetés. On fait reposer, *avec justice*, l'action en responsabilité sur la faute *commise* ou *présumée*. Mais la faute ne peut être facilement présumée en dehors des cas prévus par la loi, parce que la responsabilité qui s'y attache a, comme l'a dit le tribunal de Paris et, après lui, la Cour de Paris, le caractère d'une *disposition pénale* qui, à ce titre, considérée comme une exception, doit être restreinte dans des limites parfaitement définies.

Dans l'espèce qui nous occupe, nous nous trouvons dans cette situation particulière, c'est que la présomption sur laquelle les rédacteurs de l'article 1384 du Code civil ont établi la responsabilité du commettant ou du maître, est détruite par une présomption contraire, puisqu'aux termes de certaines lois spéciales, l'armateur ne peut ni choisir ni diriger son capitaine, ni lui donner des instructions et des ordres, ou surveiller l'exécution de son mandat. Avec l'article 1834, on raisonne d'un fait connu, l'accident, à un fait inconnu, la faute dans le choix ou dans la surveillance. Ici, il n'y a pas de fait inconnu, car on sait très-bien par les lois, ordonnances ou décrets, dans quelles conditions un capitaine de navire est nommé, et dans quelles conditions il navigue.

Invoquera-t-on des arrêts du Conseil d'État ou des arrêts de la Cour de cassation, qui ont eu à se prononcer sur la responsabilité de l'État dans le cas d'abordage?

Tout d'abord, il convient de faire remarquer le dissentiment qui s'est élevé entre la Cour de cassation et le Conseil d'État au sujet de la compétence de la juridiction qui doit connaître de semblables actions. — Devant quelle juridiction les actions en dommages-intérêts pour réparation doivent-elles être portées? Est-ce devant la juridiction judiciaire ou devant la juridiction administrative? La question est ancienne. (V. Cass. 1845, S. V., 1, 363; 22 novembre 1848, 1, 700; arrêt du Conseil d'État, 20 août 1847, 48, 2, 172; Cass., 1854, S. V., 1855, 1, 266.) Pour la Cour de cassation, cette responsabilité n'est que la conséquence du droit commun. — Le Conseil d'État, au contraire, se fondant, en principe, sur ce que la question de savoir s'il est dû des dommages-intérêts dépend toujours de l'examen et de l'appréciation des règlements administratifs qui régissent l'administration contre

Digitized by Google

laquelle la demande est dirigée, repousse la compétence de l'autorité judiciaire. (V. encore arrêt du Conseil d'État, 22 novembre 1867, S. V., 68, 2, 291.) « Considérant, dit cet arrêt, que la responsabilité qui peut incomber à l'État, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, *ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code Napoléon* pour les rapports de particulier à particulier; que cette responsabilité a *ses règles spéciales*, qui ne sont pas les mêmes dans toutes les parties du service public; que c'est à l'autorité administrative qu'il appartient de connaître des actions qui tendent à constituer l'État débiteur. » Voici ce que dit l'arrêtiste au sujet de cet arrêt : « La solution ci-dessus n'est qu'une application nouvelle de la jurisprudence qui attribue exclusivement à l'autorité administrative le droit de reconnaître une dette à la charge de l'État, même lorsque l'action dirigée contre lui est basée sur les articles 1382 et suivants du Code civil. » (V. Conseil d'État, 1er juin 1861 ; 7 mai 1862.)

Un arrêt du Conseil d'État du 11 mai 1870 (S. V., 72, 2, 120) décide que l'action tendant à faire déclarer l'État responsable des suites d'un abordage arrivé entre deux navires, dont l'un appartient à l'État, est de la compétence exclusive de l'autorité administrative, alors même que cette action est introduite sous forme de demande en garantie par les armateurs du second navire, actionnés devant les tribunaux par des passagers qui ont souffert de l'abordage. Les sieurs Valéry, armateurs, avaient appelé l'État en cause dans une instance introduite contre eux à la requête d'une dame Metz, dont le mari, embarqué comme cuisinier à bord du paquebot *le Prince-Pierre-Bonaparte*, avait péri par suite de l'abordage de ce navire avec l'aviso de l'État *le Latouche-Tréville* : — « Considérant, dit cet arrêt, que cette demande, qui a pour objet de faire déclarer l'État responsable de la faute imputée au commandant d'un bâtiment de la marine impériale, tend à *constituer l'État débiteur, et qu'il résulte des lois ci-dessus visées que les tribunaux ne peuvent connaître des demandes de cette nature*, si ce n'est dans les cas spécialement prévus par la loi. »

Par ce qui précède on voit qu'il ne faut point invoquer en cette matière ce qui se passe pour les abordages par les navires de l'État. La responsabilité de l'État, dit le Conseil d'État, a des *règles spéciales*.

Digitized by Google

Et cependant la situation de l'État, en ce qui concerne la responsabilité, est autrement plus favorable que celle de l'armateur. — On ne peut dire de l'État qu'il *ne choisit pas ses préposés*, qu'il n'est pas en *mesure d'apprécier leur capacité*, et qu'il ne peut pas les *surveiller*. Il nous paraît donc juste de reconnaître, ainsi que l'a décidé la Cour de cassation dans son arrêt de 1854 (cité *suprà*), que l'État peut être déclaré responsable, aux termes des articles 1382 et suivants du Code civil, des actes de ceux qu'il emploie.

En résumé, nous dirons : Le capitaine est un mandataire imposé. — L'armateur ou le propriétaire du navire, en le prenant pour capitaine, n'a pas été libre dans son choix; il ne peut ni le surveiller, ni le diriger; à bord, il n'a sur lui aucun pouvoir. (V. Dalloz, *Droit maritime*.)

L'article 1384 du Code civil ne prononce une responsabilité que parce qu'il y a une faute commise ou présumée. Sans faute, dit la Cour de cassation, et avec elle tous les publicistes modernes, pas d'obligations. La faute est *l'élément constitutif et essentiel de la responsabilité dans notre droit civil*.

En ce qui concerne l'armateur, la présomption de faute de l'article 1384 est détruite par les obligations imposées par les lois et règlements aux propriétaires de navires. Nous avons vu que si, aux termes de l'article 216 du Code de commerce, les propriétaires de navires sont responsables de tous les actes de leurs capitaines, cette responsabilité est limitée au navire et au fret.

Le propriétaire du navire peut faire l'abandon autorisé par l'article 216, aussi bien pour s'affranchir des obligations résultant des engagements légalement contractés par le capitaine, dans l'intérêt du navire, que pour s'affranchir des engagements résultant des faits illicites du capitaine. Cet abandon peut être fait en tout état de cause [Cass., 31 décembre 1856 (S. V., 57, 1, 837); Paris, 24 mai 1862 (S. V., 62, 2, 243)]. Ce dernier arrêt décide, en outre, que le propriétaire ou armateur d'un navire peut se soustraire, par le délaissement, à la responsabilité des faits du capitaine, *alors même que le navire aurait entièrement péri dans le sinistre :* « Attendu, dit cet arrêt, que l'abandon noxal autorisé par « la loi ne suppose pas que la chose qui en doit être l'objet « ait *continué à exister après l'événement qui a causé le dom-*

Digitized by Google

« *mage;* il suffit que sa perte ne soit pas le résultat d'un fait « nouveau imputable au maître. »

Enfin la Cour de Rennes, dans un arrêt du 12 août 1822 (S. V., 7, 2, 110), a décidé que l'armateur n'est *pas tenu de comprendre dans l'abandon du navire le montant de l'assurance.* (*Sic* Boulay-Paty, t. IV, p. 380 ; Émérigon, t. II, p. 231-491 [1].)

Ainsi, dans la matière qui nous occupe, il faut concilier, si c'est possible, l'article 1384 du Code civil et l'article 216 du Code de commerce.

La conciliation nous paraît tout à fait impossible. On ne peut en effet décider, à la fois, que la réparation exige une faute, et qu'on peut être condamné à la réparer alors qu'on est exempt de tout reproche. D'après les règles du droit civil, un individu qui a causé un dommage à autrui est tenu sur tous ses biens, et d'après l'article 216, on peut s'exonérer d'une partie du dommage en le limitant à une chose déterminée. D'après le droit civil, on ne peut jamais se soustraire à une obligatien quelconque, et d'après la loi commerciale, on peut abandonner à son créancier une chose sans valeur. — Suivant le droit civil et la morale, on est tenu, par ses engagements, sur tous ses biens qui répondent des dettes contractées, *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno.* — Les auteurs et la jurisprudence nous apprennent que l'armateur peut garder pour lui le montant de son assurance, qui représente la valeur de son navire, et abandonner ce même navire, qui est au fond des mers, abandon ridicule et illusoire. Donc il ne nous paraît pas possible de pouvoir concilier deux lois qui s'inspirent de principes aussi différents.

Pour l'application de l'article 1384 du Code civil, il faut une *faute.* Cet article, imposant une responsabilité comme une peine, est, ainsi que l'a déclaré la Cour de cassation, de *droit étroit.* On ne peut l'étendre d'un cas à un autre. On ne saurait donc, classant les armateurs dans la condition des commettants ordinaires, invoquer contre eux une présomption de faute, présomption qui d'ailleurs est détruite par les

[1] Pardessus, *Droit commercial*, t. II, p. 228, est d'un avis contraire. Mais l'opinion de cet auteur n'a pas prévalu.

Digitized by Google

obligations mêmes imposées à l'armateur vis-à-vis du capitaine.

Si l'on pense que l'article 216 du Code de commerce régit les rapports de l'armateur et du capitaine *dans tous les cas, quels que soient les faits accomplis par le capitaine*, il nous semble que, dans l'intérêt de l'industrie des transports par mer, il y aurait lieu d'introduire dans la loi une disposition qui subordonnerait la responsabilité de l'armateur à l'existence d'une faute quelconque. Mais, d'un autre côté, il faudrait que la responsabilité fût efficace et sérieuse, que l'armateur ne pût y échapper en abandonnant une épave sans valeur.

L'article 216 du Code de commerce se réfère, a-t-on dit, à l'article 1382 du Code civil; alors, prouvez la faute : sans faute, pas d'obligation. — Que si l'on maintient que l'armateur est dans une situation identique à celle d'un commettant ordinaire, oh! alors, nous appelons une réformation de la loi de tous nos vœux[1].

Le temps n'est plus où les capitaux se portaient en abondance vers les entreprises maritimes. — Par suite de chômage, de sinistres en mer, de pertes de diverse nature,

[1] Si l'interprétation donnée aux articles 1384 du Code civil et 216 du Code commercial était maintenue, « la navigation, lisons-nous dans un « rapport fait à la chambre de commerce de Brest sur la question qui « nous occupe (*séance du 26 octobre* 1875), ne serait plus possible; on ne « trouverait plus ni capitaines, ni armateurs disposés à risquer, à tout « moment, leur fortune dans une profession aussi dangereuse.

« Il y aurait lieu, dans ce cas, de provoquer, à bref délai, la réforme de « la législation existante, et de solliciter *avec énergie* le vote d'une loi spé- « ciale protégeant et défendant à l'avenir les armements maritimes... »

— « Le maintien de cette jurisprudence, disait, de son côté, sur le même « sujet, le rapporteur de la chambre de commerce de Dunkerque (*séance* « *du* 20 *septembre* 1875), serait le dernier coup porté à cette grande indus- « trie qui souffre et languit déjà de l'abandon où elle est laissée... Nous « vous proposons, messieurs, d'intervenir :

« 1° Auprès du ministre du commerce et de la marine...

« 2° Auprès du ministre de la justice pour faire reviser les articles 221 et « 216 du Code de commerce, afin que la position du capitaine soit bien « définie et que la responsabilité de l'armateur soit limitée aux opérations « commerciales du capitaine. »

Les chambres de commerce de Brest et de Dunkerque après avoir adopté, à l'unanimité, les conclusions qui leur étaient proposées, ont décidé que copies des rapports qu'elles venaient d'entendre, seraient adressées aux ministres de la marine, du commerce et de la justice.

Digitized by Google

combien y a-t-il d'actionnaires d'entreprises de transports par mer qui, depuis plusieurs années, n'ont retiré des fonds par eux versés dans cette industrie aucun profit ! — Les capitalistes, sollicités par des placements plus sûrs, s'éloignent de plus en plus des opérations si hasardeuses de la navigation maritime. C'est pour parer à cet inconvénient grave qu'on demande la création, avec ou sans le patronage de l'État, d'une grande société qui soit pour les spéculations maritimes ce que le crédit foncier est pour les spéculations des immeubles bâtis ou non bâtis. Quand des particuliers se détournent de certaines entreprises commerciales, il faut une *association puissante* pour les *entreprendre et y réussir*. — C'est à l'aide d'associations que notre marine marchande put, au XVIIe siècle, lutter avec deux puissances maritimes (l'Angleterre et la Hollande) qui avaient sur nous l'avantage de débouchés assurés, de marchés fréquentés par leurs navigateurs depuis un siècle, de capitaux immenses qui leur permettaient d'oser et de risquer davantage [1]. Il sortit de ces associations cinq grandes compagnies, dont l'une, la compagnie des Indes, s'établit à Surate, Chandernagor, Pondichéry ; il appartient au gouvernement et à notre Parlement de rechercher ce qu'il y a lieu de faire pour sauvegarder la prospérité de notre commerce maritime [2]. — Quant à nous, nous ne nous sommes occupé que d'une question de droit, de l'interprétation de deux textes de lois sur lesquels on s'appuie pour établir la responsabilité des propriétaires de navires. — Nous avons essayé de démontrer que la législation actuelle, en cette matière, est défectueuse; nous demandons que la responsabilité qui peut incomber civilement aux propriétaires de navires soit, dans un intérêt général, régie par des règles précises, conformes à l'équité et à la raison.

A REGNAULT.

[1] Colbert leur fit des avances considérables, 6 millions pour la seule compagnie des Indes orientales.

[2] Plusieurs propositions de loi relatives au relèvement de notre marine marchande sont actuellement soumises à l'examen des deux Chambres.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

PRÉCIS D'UN COURS DE DROIT CRIMINEL,

Par M. Edmond VILLEY, professeur agrégé à la Faculté de droit de Caen[1].

Compte rendu par M. R. BLONDEL,
professeur à la Faculté de droit de Nancy.

Sous ce titre, M. Villey présente au public le premier fascicule d'un livre qui est le fruit de sérieuses méditations et dans lequel il a condensé les résultats d'un enseignement professé pendant trois années avec succès à la Faculté de Nancy. S'écartant des sentiers battus, M. Villey, au lieu d'étudier séparément le droit pénal et l'instruction criminelle, a essayé d'en réunir les éléments dans un même cadre où se trouvent rapprochées, nous ne disons pas confondues, les lois de fond et les lois de forme dont l'ensemble constitue notre législation criminelle. Prendre l'infraction à son début; l'étudier en elle-même et en analyser tous les éléments essentiels ou seulement accidentels ; rechercher ensuite à quels droits d'action donne naissance l'infraction ainsi déterminée; examiner enfin comment ces droits d'action sont mis en mouvement et exercés jusqu'à l'application de la sanction pénale : telle est la marche rationnelle suivie par l'auteur, et qui lui a fourni une division toute naturelle de son ouvrage en trois parties. Les deux premières sont développées dans le fascicule aujourd'hui publié.

Après une courte introduction philosophique et une introduction historique qui, pour être sobre, n'en est pas moins complète, M. Villey, abordant la première partie de son travail, définit l'infraction : « *Toute action ou inaction contraire à un commandement posé par la loi sous une sanction pénale et qui ne se justifie pas par l'exercice d'un devoir ou d'un droit.* »

Définition qui nous paraît complète autant qu'exacte et dont l'auteur tire immédiatement parti pour étudier, à titre de conséquences, les questions relatives à la non-rétroacti-

[1] Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, éditeurs, 9, rue Cujas (ancienne rue des Grès).

Digitized by Google

vité, à la territorialité et à la personnalité de la loi pénale, ainsi qu'aux faits justificatifs. Il examine ensuite les éléments de l'infraction au double point de vue matériel et intentionnel, la classification des infractions, les circonstances constitutives aggravantes ou atténuantes de l'infraction, et enfin l'influence de la pluralité d'infractions ou d'infracteurs.

Dans une deuxième partie, l'auteur étudie en eux-mêmes les droits d'action qui naissent de l'infraction. L'action publique et l'action civile sont examinées sous le rapport des personnes à qui elles appartiennent et contre qui elles sont données; on recherche ensuite quels en sont les principes et comment elles s'éteignent.

Enfin, dans une troisième partie, dont M. Villey nous promet le développement pour le commencement de l'année 1877, on trouvera tout ce qui est relatif à l'exercice des droits d'action naissant de l'infraction. Recherche des infractions, poursuite et instruction, jugement, voies de recours, classification, atténuations ou aggravations des peines, causes qui en préviennent ou en font cesser les effets, autorité de la chose jugée en matière criminelle : tel est, sans parler de quelques procédures particulières, le vaste champ qu'il reste encore à parcourir.

On remarquera que dans le développement de ce plan, on relègue dans la troisième partie tout ce qui se rapporte au système pénal du Code. En cela surtout, M. Villey abandonne l'ordre généralement suivi. Mais, comme il le fait d'ailleurs observer, cette marche nouvelle ne présente pas d'inconvénients dès lors que l'on place dans la partie historique des notions suffisantes sur la classification des peines; tout ce qui concerne l'appréciation et l'exécution peut être renvoyé à la fin, d'autant plus que cet ordre est conforme aux règles de la logique.

Ce qui frappe tout d'abord quand on parcourt le développement des deux premières parties de l'ouvrage, c'est, sous un volume relativement restreint, l'abondance des matières traitées. M. Villey n'a rien négligé pour faire rentrer dans le cadre nécessairement limité qu'il s'était tracé tous les développements sans lesquels le livre n'eût pas été complet. Il y a réussi avec un rare bonheur et, sans cesser d'être clair, il a réalisé dans l'application le précepte auquel fait allusion sa

Digitized by Google

préface : « *Multa paucis* ». Point de digressions ni d'amplifications inutiles; un style sobre et précis, des phrases courtes, mais substantielles, telle est la forme sévère sous laquelle se présente la pensée de l'auteur. Grâce aux renvois faits aux meilleurs ouvrages, aux articles de revues et aux monuments de jurisprudence et de législation les plus récents, grâce aussi à une connaissance toute particulière de la partie spéciale de notre droit pénal dont M. Villey nous présente à chaque instant d'ingénieuses et intéressantes applications, ce livre sera, même pour ceux qui savent, utile à consulter comme un précieux instrument de recherches et de critique. Quant à ceux qui veulent apprendre, leur attente non plus ne sera pas déçue. M. Villey s'est proposé, dit-il dans sa préface, de faciliter à la jeunesse de nos écoles, par un résumé à la fois succinct et complet, l'étude trop longtemps négligée de notre législation criminelle. N'a-t-il pas, en faisant mieux et en atteignant plus haut, dépassé le but plus modeste qu'il s'était assigné? Quelques-uns, parmi les étudiants, le penseront peut-être; je veux parler de ceux pour lesquels le manuel est l'idéal du livre et qui cherchent dans l'étude (si cela peut s'appeler ainsi), non pas la science, mais les moyens de passer un examen tel quel. Auprès de ceux-là (faut-il le regretter?) l'ouvrage de M. Villey n'aura peut-être pas tout le succès réservé à des publications moins sérieuses. Quant à ceux qui demandent au travail des connaissances solides et durables, qui aiment à se sentir provoqués à la recherche et à la réflexion, nous pouvons leur prédire qu'ils trouveront dans le *Précis d'un cours de droit criminel*, un guide marchant toujours à la lumière des principes; avec son aide, ils surmonteront les obstacles et se feront jour à travers les difficultés de la route.

L'espace nous manque pour examiner dans les détails l'ouvrage dont nous venons d'essayer d'apprécier l'ensemble. Signalons encore les intéressantes comparaisons empruntées par l'auteur aux législations étrangères; l'insistance très-justifiée, selon nous, avec laquelle il repousse la qualification de contraventions appliquée à des véritables délits punis de peines correctionnelles, et dont il démontre à plusieurs reprises les inconvénients. On y retrouvera une théorie déjà développée par M. Villey dans un article publié par la *Revue critique* (1875, p. 81 et s.), et suivant laquelle, après l'extinc-

Digitized by Google

tion de l'action publique, la prescription de l'action civile demeure invariablement soumise aux règles du droit civil. Peut-être aurions-nous, sur ce point, quelques réserves à faire, mais l'examen de cette question nous entraînerait trop loin, et, pour terminer, nous nous bornerons à hâter de nos vœux le publication de la seconde partie de l'ouvrage de M. Villey ; nous sommes convaincu qu'elle répondra à l'attente et aux espérances que la première partie a fait naître, et que l'ensemble obtiendra un légitime succès.

R. BLONDEL.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

3682. Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière et Cᵉ, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

Par M. PARADAN, conseiller à la Cour d'appel de Nîmes.

Sous le régime dotal, la femme mariée avec une constitution particulière de dot, et une stipulation de paraphernalité quant aux biens à venir, ne peut plus changer les conditions de son contrat anténuptial.

Il suit de là que si, DURANT LE MARIAGE ET AVANT TOUT JUGEMENT DE SÉPARATION DE BIENS, *elle achète un immeuble, qu'elle paye partie au moyen de* 5,000 *francs* DÉCLARÉS SUJETS A EMPLOI *dans le contrat de fiançailles et le solde avec le produit de la négociation de valeurs industrielles, ce surplus du prix doit être considéré comme* PARAPHERNAL, *et devient, dès lors, passible des exécutions de ses créanciers.*

Pour se soustraire à ces exécutions, la femme prétendrait vainement que l'immeuble payé avec partie de la dot dont son mari constitutaire était débiteur envers elle, représente cette dot qui, à cause de l'inaliénabilité qui la protége, échappe à l'action de ces mêmes créanciers.

Le mari n'étant tenu de rembourser les sommes par lui dues à sa femme qu'à la dissolution du mariage, ou après une séparation de biens régulièrement prononcée et rien n'établissant d'ailleurs qu'il a entendu se libérer avant l'accomplissement de l'une de ces deux éventualités, il en résulte que le prix de l'acquisition faite par la femme est présumé payé AVEC SES RESSOURCES PARAPHERNALES *et non avec les sommes qu'elle a déclaré se constituer en dot et dont le mari est devenu débiteur envers elle, dès le jour de la célébration du mariage.*

§ 1er.

1. Les questions que nous venons de poser ont été résolues naguère par la Cour d'appel de Nîmes. Il nous a semblé qu'elles présentaient au point de vue juridique un intérêt assez puissant pour être jugées dignes de trouver place dans ce recueil. L'arrêt que nous rapportons résume les faits de la cause avec beaucoup de précision, et nous dispense, par suite, de faire un exposé qui ne serait qu'une inutile répétition.

Digitized by Google

2. 27 août 1876. arrêt :

« En fait :

« Attendu que lors de son contrat de mariage passé devant Bonnefoy, notaire, le 13 février 1870, la dame Lyon-Carcassonne, après avoir adopté le régime dotal, se constitua en dot une somme de 15,500 francs, consistant en 2,500 francs, valeur de son trousseau qu'elle déclara vouloir lui être restitué en nature;

« Que par rapport aux 13,000 francs restants il fut dit, en premier lieu, que 5,000 francs devaient être soumis à une condition d'emploi; quant aux derniers 8,000 francs, le mari les reconnut sur tous ses biens présents et à venir, et s'obligea à les rendre lors de la dissolution du mariage;

« Qu'enfin il fut stipulé dans ce même contrat que tous les autres biens de la future épouse seront paraphernaux;

« Attendu que le 18 octobre 1872, la dame Lyon, pour accomplir la condition d'emploi ci-dessus mentionnée, se rendit adjudicataire d'un immeuble exproprié sur la tête d'un sieur Montagard, au prix de 7,710 francs et qu'elle déclara vouloir employer, *à due concurrence*, les sommes qui lui étaient constituées de droit dans son contrat de mariage;

« Que le 28 août 1874, en payant son prix d'acquisition, ladite dame Lyon-Carcassonne déclara dans la quittance passée devant Barcilou, notaire, qu'elle entendait faire emploi des 5,000 francs soumis à cette condition dans son contrat de mariage, et que quant au surplus elle le payait avec les sommes qu'elle s'était constituées dans son contrat de mariage, d'où la conséquence, est-il dit dans l'acte, que l'immeuble acquis était dotal à concurrence de 5,000 francs et *paraphernal* pour tout le surplus;

« Attendu que le 1er septembre 1874, devant Faïsse, notaire à Salon, les mariés Lyon-Carcassonne se reconnurent conjointement et solidairement débiteurs envers Abram et Ce d'une somme de 8,000 francs pour sûreté de laquelle la dame Lyon hypothéqua l'immeuble par elle acquis de Montagard, en ayant soin de spécifier que cet immeuble était dotal et inaliénable à concurrence de 5,000 francs, et paraphernal pour tout le surplus, d'où la conséquence, dit l'acte, qu'il pouvait être valablement donné en garantie hypothécaire;

Digitized by Google

« Attendu qu'Abram et Cᵉ n'étant point payés, poursuivent l'expropriation de l'immeuble à eux hypothéqué, et consentent à ce qu'il soit inséré au cahier des charges une clause portant que l'adjudicataire retiendra en ses mains une somme de 5,000 francs pour être employée au profit de la dame Lyon; mais que cette dernière demande la nullité de la saisie, se fondant sur ce que l'immeuble qui en est l'objet se trouve dotal pour le tout, ou tout au moins représente des sommes dotales;

« Attendu que de ces faits ainsi précisés naît la question de savoir si l'immeuble saisi n'était pas paraphernal pour une partie et si, par suite, l'expropriation n'en pouvait pas être poursuivie;

« En droit :

« Attendu qu'aux termes de l'article 1549 du Code civil, le mari a l'administration des biens dotaux pendant le mariage:

« Que constitué débiteur de la dot, il n'est tenu de la rendre, selon le vœu des articles 1441 et 1564, qu'après la dissolution du mariage ou après la séparation de biens;

« Qu'aucune de ces deux hypothèses ne s'est encore réalisée, d'où la conséquence que Lyon, en sa qualité de mari constitutaire, n'a pas employé au payement du solde de l'acquisition faite par sa femme une portion quelconque des 8,000 francs dotaux dont il fut constitué débiteur par le contrat de mariage, et que tout ce qui a été payé en sus des 5,000 francs soumis à l'emploi, l'a été avec des sommes paraphernales appartenant à la femme;

« Attendu que cette dernière déclare formellement, dans la quittance du 28 avril 1874 et dans l'obligation du 1ᵉʳ septembre suivant, que c'est bien ainsi que les choses se sont passées, et qu'on s'étonne de lui voir aujourd'hui soutenir le contraire, en dépit de la vérité des fais acquis au procès;

« Attendu que le contrat de fiançailles des époux Lyon prête son appui à la solution qui précède puisqu'il énonce que le mari ne rendra les 8,000 francs dotaux par lui reconnus qu'à la dissolution du mariage, et que cet événement ne s'est pas encore produit;

« Attendu que la demande en séparation de biens formée par la femme ne saurait exercer aucune influence sur la solution du litige, puisqu'elle a été intentée seulement en fé-

Digitized by Google

vrier 1876 et que d'après l'article 1445 du Code civil ses effets ne peuvent pas remonter à une époque antérieure ;

« Attendu que de tout ce qui précède il résulte que la saisie d'Abram a bien procédé et que la demande en nullité n'est nullement fondée, d'où la conséquence que la continuation des poursuites doit être ordonnée;

« Attendu que si, comme le disent à tort les premiers juges, une portion quelconque des 8,000 francs de la dot mobilière dont le mari s'était constitué débiteur envers sa femme, lors de leur contrat de mariage, avait servi à compléter le payement de l'acquisition de l'immeuble, ce dernier n'eût pas manqué de le faire mentionner dans la quittance du 28 août 1874, afin de se faire décharger d'autant, ce qui montre bien que tout ce qui fut payé à cette époque avait une origine essentiellement paraphernale;

« Attendu que sans examiner la question de savoir si le mari aurait pu employer les deniers dotaux à payer le solde du prix de l'acquisition Montagard, il suffit de répondre que les actes du procès et tous les faits de la cause protestent contre une semblable proposition et démontrent surabondamment que le payement a eu lieu avec des sommes paraphernales;

« Par ces motifs, la Cour, parties ouïes et le ministère public, disant droit à l'appel, réforme le jugement rendu par le tribunal civil de Carpentras, le 8 juin 1876, et par nouveau jugé, valide la saisie immobilière d'Abram et Cᵉ; ce faisant, ordonne la continuation des poursuites par eux commencées moyennant l'engagement qu'ils prennent d'élever ou faire élever les offres à un chiffre suffisant pour garantir les 5,000 francs dotaux qui ont fait l'objet de l'emploi réalisé par la quittance du 28 août 1874, et qui ne pourront être touchés par la femme, aujourd'hui séparée de biens, qu'à la charge d'en faire emploi, en se conformant à son contrat de mariage; ordonne la restitution de l'amende et condamne la dame Lyon aux entiers dépens de première instance et d'appel. »

§ 2.

3. Quand, par le contrat anténuptial, les futurs époux ont arrêté les bases de leur association au point de vue de leurs droits respectifs et de leurs intérêts matériels, le régime

Digitized by Google

qu'ils ont adopté fait leur loi. A la vérité, ils peuvent le modifier à leur gré, lui faire subir tous les changements qu'il leur paraît opportun d'introduire dans leurs conventions premières. Pour l'accomplissement de cette formalité, l'article 1396 du Code civil n'exige de leur part qu'une condition. Elle consiste en ce que les changements apportés dans le contrat primitif doivent être constatés par acte passé dans la même forme que le contrat de mariage. Ce n'est pas tout : pour la régularité du second acte, le législateur exige la présence et le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties dans le premier.

4. Tout ceci doit précéder la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil. L'article 1395 dispose, en effet, que les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. Enfin, l'article 1397 rend inefficaces, à l'égard des tiers, tous changements et contre-lettres qui n'auront pas été rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage, et soumet les notaires à des dommages-intérêts et même à de plus grandes peines, selon les circonstances, s'il leur arrivait de délivrer des grosses ou expéditions du contrat de mariage, sans transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre.

5. On comprend sans peine la sagesse et l'importance de ces prescriptions du législateur. Nul n'ignore, en effet, que la femme est capable ou incapable de contracter, selon le régime sous lequel elle est mariée : capable, si elle est mariée sous le régime de la communauté ou sous tout autre régime qui laisse libres ses biens; incapable, si elle est mariée sous le régime dotal, avec une constitution de dot qui enchaîne sa liberté.

Or, il est manifeste que si, après la célébration devant l'officier de l'état civil, elle pouvait modifier à toute heure ses conventions matrimoniales, et y apporter des changements qui lui permettraient d'aliéner sa dot, quand, dès l'origine, elle était inaliénable, et *vice versâ*, si enfin les changements survenus n'avaient pas dû, à peine de nullité, être transcrits, à la suite des grosses ou expéditions du contrat de mariage, les tiers se fussent trouvés dans un très-grand embarras, et n'auraient eu garde de contracter avec elle, à cause de l'absence complète de toute sécurité.

Digitized by Google

6. Ces observations ont leur utilité pratique dans l'étude à laquelle nous nous livrons. Il ne pouvait pas dépendre, en effet, de la dame Lyon-Carcassonne de faire décider en justice qu'après avoir employé au payement du prix de l'immeuble, par elle acheté de Montagard, *les* 5,000 *francs de sa dot sujette à emploi*, elle s'était libérée du solde au moyen de partie des 8,000 francs qu'elle s'était constitués en dot et que son mari avait reçus et quittancés. Ce dernier était débiteur de cette somme jusqu'au jour de la dissolution du mariage ou de la séparation de biens, et comme aucune de ces deux éventualités ne s'était produite au moment où la femme Lyon paya le prix de son acquisition (28 août 1874), il en résulte que ce payement ne put être effectué qu'avec des ressources autres que celles qui avaient fait l'objet de sa constitution particulière de dot et, par conséquent, avec des ressources paraphernales.

7. Nous venons de dire que les reprises de la femme doivent lui être restituées par le mari, lors de la dissolution du mariage, ou bien encore après un jugement qui emporte avec lui séparation de biens. Tel est le vœu des articles 1441 et 1564 du Code civil. Ce n'est pas tout : dans l'espèce que nous examinons, le contrat anténuptial des époux Lyon-Carcassonne renferme une clause absolument conforme aux prescriptions des articles précités; or, comment admettre que le mari a employé une partie des 8,000 francs par lui dus à payer le solde de l'adjudication Montagard, et ce au mépris des dispositions de la loi et des stipulations de l'acte ?

8. Ne voit-on pas que si Lyon avait payé une somme quelconque à prendre sur les 8,000 francs qu'il était tenu de rembourser seulement lors de la dissolution du mariage, il n'eût pas manqué de le faire constater expressément par la quittance du 28 août 1874, afin de diminuer d'autant sa dette? Au lieu de cela, c'est sa femme elle-même, qui seule intervient dans l'acte et paye, en ayant soin de déclarer que cette portion du prix est paraphernale.

9. Cette dernière a bien essayé de rendre bonne une situation mauvaise *ab initio*, et cela en formant, au mois de février 1876, une demande en séparation de biens; mais elle n'a pas pris garde que son action était impuissante à modi-

Digitized by Google

fier les faits accomplis et que, d'après l'article 1445 du Code civil, les effets de sa demande ne pouvaient pas remonter à une époque antérieure au mois de février 1876, date de son introduction en justice.

10. Dans l'intérêt de la dame Lyon, on essayait de soutenir, en l'étayant de quelques décisions passées en jurisprudence, une thèse d'après laquelle son mari pouvait employer les deniers dotaux dont il s'était constitué débiteur, à payer le prix d'un immeuble acheté par cette dernière; mais la Cour n'a pas eu à examiner cette question, ni à apprécier la valeur juridique des arrêts invoqués, étant donnée l'application qu'on en voulait faire à l'espèce soumise à son examen. Il lui a suffi de faire remarquer que les documents du procès protestaient contre une hypothèse que l'on tentait vainement de faire prévaloir.

11. Lors des plaidoiries de la cause devant la Cour, les efforts du défenseur de la dame Lyon tendaient particulièrement à soutenir que cette dernière *n'avait jamais eu de biens paraphernaux*, d'où il tirait la conséquence que le payement du prix de l'adjudication Montagard avait été nécessairement effectué avec partie des 8,000 francs formant sa constitution particulière de dot.

Mais, outre que c'était une affirmation dénuée de preuves, et d'autant plus difficile à établir qu'il s'agissait de rapporter une preuve négative, on répondait, dans l'intérêt d'Abram, d'une part, que rien n'était plus aisé à la dame Lyon que de dissimuler ou de cacher ses ressources paraphernales, sans qu'il fût possible à ses créanciers de justifier de leur existence; et, d'autre part, que sa prétention, produite *in extremis*, était combattue et anéantie par les termes formels de la quittance du 24 août 1874, qui attribue UN CARACTÈRE PARAPHERNAL à la somme employée au payement du solde de l'adjudication Montagard.

12. Aucun texte, dit-on dans l'intérêt de la femme, ne défend au mari d'affecter les sommes dotales au payement du prix d'un immeuble acheté par elle.

Cela est incontestable, et nous admettons volontiers que les choses puissent ainsi se passer; mais où a-t-on vu que le mari avait payé? Eût-il manqué de le faire mentionner dans la quittance, et de réduire d'autant le chiffre de sa dette, si

Digitized by Google

en réalité il avait sorti de sa caisse l'argent qui a servi à désintéresser le vendeur? Au lieu de cela, il demeure étranger à la quittance; c'est sa femme qui paye, sans même indiquer que son mari a avancé les fonds; de telle sorte que la voilà propriétaire d'un immeuble dont elle a payé le prix, et créancière, en même temps, de l'ENTIER MONTANT DE SES REPRISES DOTALES. La conséquence qui s'induit logiquement de cette situation, c'est que la femme avait par devers elle des sommes paraphernales dont elle refuse de faire connaître l'origine, et qui lui ont servi à payer l'immeuble à elle adjugé, à suite de l'expropriation poursuivie contre Montagard.

13. Lyon eût pu acheter lui-même et payer; mais, dans ce cas, c'est lui qui serait propriétaire de l'immeuble sur lequel pèserait l'hypothèque légale de sa femme restée créancière de la totalité de ses reprises. Telle n'est point, au surplus, l'hypothèse que la dame Lyon demandait à la Cour de consacrer par son arrêt, puisque, dans son système, c'est bien elle qui avait acheté.

14. Un autre argument, qui n'était pas de nature à impressionner la Cour, peut se résumer ainsi : « L'immeuble « affecté de l'emploi des 5,000 francs est, par cela même, « dotal. On ne saurait le comprendre, alors qu'il est maté- « riellement INDIVISIBLE, avec le double caractère de dotal « pour partie et extradotal pour le surplus, et le consi- « dérer tout à la fois comme inaliénable pour la partie do- « tale et aliénable pour la partie paraphernale; donc il faut « dire qu'il est inaliénable pour le tout. »

Pourquoi faut-il dire qu'il est inaliénable pour le tout? Il y a dans cette conclusion quelque chose dont l'esprit n'est pas satisfait. On parle d'*indivisibilité*, d'*aliénabilité* pour une partie, d'*inaliénabilité* pour l'autre; autant de mots, autant d'erreurs.

Mon débiteur affecte à la sûreté de ma créance un immeuble qu'il aura payé pour partie au moyen d'une somme dotale soumise à une condition d'emploi, et pour partie avec une somme paraphernale. Je dois pouvoir le saisir et faire vendre, parce qu'il est mon gage, sauf, bien entendu, à conserver intacte la partie du prix frappée de dotalité et soumise à l'emploi. Il serait par trop injuste de placer sous

Digitized by Google

la protection d'une *inaliénabilité totale*, un bien qui n'est dotal que partiellement, et de ravir, de la sorte, au créancier une valeur qui constitue son unique ressource.

15. Il est un autre aperçu que nous ne pouvons pas passer sous silence : Dans l'espèce, ce n'est pas l'immeuble qui était dotal *ab initio*, mais bien la somme de 5,000 francs, grevée de la condition d'emploi; or, rien n'empêche la femme de vendre le lendemain la terre qu'elle avait achetée la veille, sauf à faire ultérieurement un nouvel emploi, pour se conformer à son contrat de mariage. S'il en est ainsi, en vertu de quel texte de loi voudrait-on empêcher son créancier d'agir comme elle, surtout quand elle lui a conféré spécialement une hypothèque ?

16. Un dernier mot avant de clore cette étude. Outre le moyen que soutenait Abram, et que l'arrêt a accueilli, il en présentait un second consistant à dire que la femme Lyon s'était rendue coupable envers lui d'un quasi-délit qui l'engageait même sur ses biens dotaux.

La Cour n'a pas eu à examiner et à résoudre cette seconde question, puisqu'elle donnait gain de cause au créancier sur la première; mais il est manifeste qu'elle n'eût pas trouvé les éléments d'un quasi-délit dans les agissements de la femme qui, loin de commettre une faute, une négligence ou une fraude, révélait à son créancier sa vraie situation, en plaçant sous ses yeux son contrat de mariage, le jugement d'adjudication qui la rendait propriétaire de l'immeuble, et la quittance qui justifiait à l'aide de quelles ressources elle se libérait. PARADAN.

DES PRIVILÉGES SPÉCIAUX SUR LES CRÉANCES,

Par M. J. E. Labbé, professeur à la Faculté de droit de Paris.

(*Suite et fin* [1].)

Nous avons reconnu au bailleur principal un privilége sur le loyer dû par le sous-locataire.

Nous avons reconnu à l'ouvrier employé par un entrepre-

[1] V. *Revue critique*, septembre-octobre 1876, p. 571.

Digitized by Google

neur un privilége sur la somme due par le propriétaire pour la construction.

Lorsque, entre le propriétaire et l'ouvrier, se placent plusieurs intermédiaires, nous avons pensé que chaque intermédiaire, ayant contribué à la construction de l'ouvrage, avait privilége sur la somme due à celui qui lui a cédé une partie de l'entreprise.

20. La Cour de Paris a eu à résoudre sur l'article 1753 une question délicate dans une hypothèse analogue à celle que nous avons d'examinée en parlant d'un sous-entrepreneur.

Une maison a été louée à Primus; le droit au bail a été cédé successivement par Primus à Secundus, par Secundus à Tertius, par Tertius à Quartus, qui occupe actuellement les lieux. Nonobstant la cession, Primus est resté garant du loyer envers le propriétaire, Secundus garant envers Primus, etc. Le propriétaire qui, pour le loyer à lui dû, peut s'adresser à Quartus et saisir les meubles de Quartus dans les limites de ce que celui-ci doit à Tertius, peut-il aussi agir contre Tertius soit de prime abord parce que la solvabilité de ce dernier lui fait espérer un plus prompt payement, soit subsidiairement parce que les meubles de Quartus ont été d'une valeur insuffisante?

La Cour de Paris a embrassé la négative par des raisons que nous avons critiquées ailleurs en détail (arrêt du 29 février 1876; Sir., 1876, 2, 329).

Nous croyons que régulièrement le propriétaire peut mettre en cause tous les locataires successifs, y compris celui qui occupe.

Il ne les a pas pour débiteurs solidaires. Cela est évident lorsqu'il y a eu des sous-locations successives et non des cessions successives d'un même bail, parce que la somme due par chacun d'eux peut être différente. Même à l'égard de cessionnaires successifs d'un même bail, le juge doit rechercher ce que chacun d'eux doit au jour de la poursuite à son cédant immédiat; des causes particulières peuvent modifier l'étendue de la dette de chacun. Cette circonstance de l'inégalité dans le montant de la dette est exclusive de la solidarité.

Néanmoins nous admettons que le propriétaire bailleur primitif peut les mettre tous en cause, et requérir une con-

Digitized by Google

damnation contre chacun, parce qu'en agissant contre son preneur direct Secundus, il suscite un recours de ce preneur contre le sous-locataire ou cessionnaire immédiat Tertius, et qu'il a le privilége d'exercer ce recours à son profit exclusif. Les recours se répercutent; ils naissent comme des contre-coups successifs à la suite d'un premier choc; tous doivent servir à la satisfaction du premier bailleur. Il est créancier de son locataire direct, lequel est créancier du premier sous-locataire ou cessionnaire, lequel est créancier du second sous-locataire ou cessionnaire, et ainsi de suite jusqu'à celui qui occupe les lieux. Il agit de son chef contre son preneur immédiat, du chef de celui-ci contre le premier sous-preneur, du chef des deux précédents contre le second sous-preneur, etc. Les condamnations doivent être prononcées dans cet ordre, après examen de ce que chacun doit, au profit de chaque créancier, avec attribution privilégiée à l'avantage du propriétaire demandeur. Car le bailleur a privilége sur la créance de son locataire contre le premier sous-locataire ou cessionnaire, lequel a privilége sur la créance du premier sous-locataire ou cessionnaire contre le second. Le propriétaire bailleur a la faculté de suivre la chaîne jusqu'au dernier anneau; il peut aussi s'arrêter à un anneau intermédiaire. Il va plus ou moins loin dans cette voie des recours successifs, qui s'engendrent et qui doivent lui profiter à l'exclusion des autres créanciers des locataires.

Quelquefois un anneau disparaît de la chaîne, laquelle se trouve raccourcie par le raccord ou rapprochement de deux autres anneaux. Il est possible que le preneur, en cédant son bail, se fasse décharger de toute obligation ultérieure par le bailleur et fasse accepter par celui-ci, comme débiteur nouveau et direct, le cessionnaire. Une novation s'opère; le propriétaire bailleur perd le droit d'agir contre le preneur déchargé et n'a plus d'action que contre le cessionnaire substitué. La même opération peut avoir lieu entre des cessionnaires successifs sans la participation du bailleur. Il n'importe; la novation est valable; le propriétaire bailleur, qui n'a pas d'action propre contre ceux avec lesquels il n'a pas contracté, ne peut recourir que contre ceux contre lesquels son preneur ou l'un des cédants successifs s'est réservé un droit de recours.

Digitized by Google

Telle nous paraît être la vérité. Dans un système opposé, on n'accorde au bailleur d'action que contre son preneur direct et contre le sous-locataire ou cessionnaire qui occupe les lieux. On raisonne comme si le fait de l'occupation était le principe du droit et de l'action du propriétaire bailleur contre un autre que celui avec lequel il a contracté. Cela nous paraît inexact. Celui qui occupe doit au propriétaire ce qu'il doit à son sous-locateur, ni plus ni moins; donc il est débiteur à raison des rapports juridiques liés entre lui et son sous-locateur; et non pas à raison du fait seul de l'occupation. Nous pensons même que si un preneur laissait occuper gratuitement les lieux par un parent ou par un ami, comme cela se fait assez souvent pour des maisons de plaisance, le bailleur, malgré le fait de l'occupation, n'aurait rien à exiger de cette personne qui n'a rien promis [1].

21. Passons à une autre hypothèse où les mêmes idées se trouvent en lutte.

Une maison a été louée en totalité à une personne qui conserve un logement pour elle-même et sous-loue le reste à plusieurs. Un incendie éclate et endommage ou détruit la maison. La cause de l'incendie reste inconnue. Contre qui le propriétaire bailleur peut-il agir? Contre qui peut-il invoquer les articles 1733 et 1734?

A-t-il contre les sous-locataires une action directe et de son chef, ou n'a-t-il action contre eux que du chef du sous-bailleur? L'intérêt de la question réside en ce que le sous-bailleur habitant lui même la maison incendiée doit au moins déduire sa part de la somme des dommages-intérêts qu'il peut réclamer solidairement de ses sous-locataires. La Cour de cassation a même jugé que le bailleur qui habite une partie de la maison ne peut se prévaloir des articles 1733 et 1734 du Code civil, tant qu'il ne démontre pas que le feu n'a pas pris chez lui [2].

Deux solutions ont été proposées :

La Cour de Paris (arrêt du 12 février 1851; Sirey, 1851, 2,

[1] Nous soutenons que celui qui occupe gratuitement les lieux loués n'est pas obligé personnellement et non que ses meubles ne puissent en aucun cas être saisis-gagés par le bailleur.

[2] V. sur ce point controversé notre annotation d'un arrêt de la Cour suprême du 15 mars 1876; Sirey, 1876, *loc. cit.*

Digitized by Google

207; arrêt du 18 juin 1851; Sirey, 1852, 2, 235) a raisonné ainsi : Le propriétaire trouve la source de son droit dans son contrat, le bail primitif et dans le fait de l'occupation, qui lui donnent pour obligés directs et solidaires le locataire principal et les sous-locataires entre eux. C'est donc à tort que les sous-locataires prétendent que le propriétaire ne peut les poursuivre que comme exerçant les droits du principal locataire. Ce qui résulte de la circonstance que le principal locataire habitait la maison incendiée avec les sous-locataires, c'est uniquement que ces derniers auront contre le locataire principal les mêmes recours que contre un colocataire.

La Cour de Besançon (arrêt du 11 mai 1854; Sirey, 54, 2, 613) a raisonné autrement : Le preneur répond de l'incendie envers le bailleur, parce qu'il a promis par contrat de conserver la chose louée, et non pas à raison du fait de l'occupation. Le sous-bailleur, à son tour, ayant tous les droits d'un bailleur, peut invoquer les articles 1733 et 1734 du Code civil contre les sous-locataires avec lesquels il a contracté. Il s'ensuit que le propriétaire bailleur n'a d'action contre les sous-locataires que du chef du sous-bailleur. Il exerce les droits du sous-bailleur en vertu d'une subrogation spéciale et légale découlant des articles 1753 du Code civil et 820 du Code de procédure; car ce que la loi dit du loyer doit être entendu de toutes les obligations nées du contrat de bail. Le propriétaire bailleur n'a pas plus de droits contre les sous-locataires que le sous-bailleur lui-même. Il doit subir les conséquences qu'engendre, au point de vue de la responsabilité de l'incendie, le fait de l'habitation commune de la maison par le sous-bailleur et les sous-locataires.

La vérité est, selon nous, dans le second système.

22. Les porteurs de lettres de gage émises par le Crédit foncier sont, relativement aux prêts hypothécaires contractés par cet établissement, dans une situation identique à celle d'où nous avons fait sortir des priviléges. Ils ont fourni au Crédit foncier les ressources au moyen desquelles cet établissement a pu réaliser ses prêts.

Aussi a-t-il toujours été dans la pensée du législateur de faire tourner à l'avantage et servir à la garantie des porteurs d'obligations foncières les prêts dont ils avaient procuré la

Digitized by Google

substance. Les conditions prudentes et sûres dans lesquelles les prêts devaient être consentis ont été établies, non pas seulement dans l'intérêt général de l'établissement, mais surtout dans l'intérêt spécial des porteurs d'obligations ou lettres de gage. Le montant des lettres de gage ne doit pas dépasser le montant des engagements hypothécaires contractés par la société. Un visa apposé sur les titres est destiné à assurer aux porteurs l'observation de cette règle tutélaire [1].

Il est vrai que le décret-loi du 28 février 1852, article 17, déclare que les porteurs d'obligations n'ont d'autre action pour le recouvrement des capitaux et intérêts exigibles que celle qu'ils peuvent exercer directement contre la société. Voici comment cette disposition a été expliquée dans l'exposé des motifs : « Est-ce la société qui, à raison de circonstances imprévues, manque à ses engagements? Ses créanciers peuvent la poursuivre en vertu du droit commun. Mais comme il ne faut pas qu'une seule personne puisse venir dans son intérêt paralyser ses opérations, le décret interdit aux créanciers la faculté de former opposition entre les mains des emprunteurs. »

Ce n'est pas contrarier cette prudente restriction aux droits individuels que de décider qu'en cas de liquidation volontaire ou forcée de la société de Crédit foncier, l'ensemble des porteurs de lettres de gage jouira sur les valeurs résultant des prêts hypothécaires d'un droit de payement par préférence aux autres créanciers de l'établissement débiteur.

Cette décision est devenue en quelque sorte nécessaire depuis que le Crédit foncier a été autorisé à se livrer à d'autres opérations que des prêts hypothécaires. Aussi lorsque la loi du 6 juillet 1860 a permis les avances aux communes, aux départements et aux associations syndicales avec ou sans affectation hypothécaire, un article de cette loi, pour ne pas ébranler le crédit des lettres de gage, a statué que les créances provenant de prêts hypothécaires demeureraient affectées par privilége au payement des obligations créées en représentation de ces prêts.

En même temps, et par une application très-remarquable de l'idée mère que nous développons, cette loi a décidé

[1] *Traité* de M. Josseau, nos 479 et suiv.

Digitized by Google

que les créances provenant des prêts aux communes, aux départements et aux associations syndicales seraient affectées par privilége au payement des obligations créées en vertu de ces dispositions nouvelles.

Depuis cette loi, les tribunaux n'ont pas hésité à considérer l'achat d'obligations foncières comme un placement hypothécaire. Le porteur n'a pas la garantie d'une hypothèque déterminée; mais il aurait au besoin le profit de placements hypothécaires contractés dans des conditions exceptionnelles de sécurité, et dont le montant n'excède pas le montant des lettres de gage concourant avec lui. (Voy. Dijon, 16 août 1861, Pal., 1861, 796; Limoges, 17 mai 1865, Pal., 1865, 729, et les annotations de M. Gauthier.)

Nous trouvons ici l'idée juridique et le mot technique, *privilége spécial sur une créance*, dont nous avons trouvé ailleurs la réalisation pratique et la paraphrase.

23. Nous cherchons toutes les hypothèses où une créance est l'objet d'un privilége; nous rassemblons en ce moment celles où le privilége est motivé, parce que celui qui l'obtient a fourni à ses dépens et volontairement les éléments du contrat d'où est sortie la créance affectée du privilége.

Une chose a été vendue successivement par plusieurs personnes; chaque vendeur a un privilége sur la chose. Nous croyons en outre que chaque vendeur a droit de préférence sur la créance née d'une revente au profit de son acheteur.

Cette observation a quelque intérêt au cas où le privilége sur la chose ne peut pas s'exercer ou ne s'exerce point par un motif quelconque.

Chaque vendeur dira à son acheteur qui a revendu : Vous n'êtes devenu créancier en revendant que parce que vous aviez à votre disposition une chose que je vous avais procurée et dont le prix m'est encore dû. Si cette créance du prix de revente profitait à l'ensemble de vos créanciers avant que je fusse désintéressé, ceux-ci s'enrichiraient à mes dépens.

24. L'idée générale qui vient d'être exposée se réalise et s'observe dans le commerce à propos de la vente dite par filière. Des marchandises ont été vendues à livrer dans un certain délai. L'acheteur, avant l'arrivée du terme, les revend à un autre commerçant qui les revend encore, et ainsi de suite. Ces ventes successives forment une filière. Lorsque

Digitized by Google

le moment de prendre livraison est venu, le vendeur primitif avertit son acheteur, et l'avertissement se répercute d'auteur à ayant cause jusqu'au dernier acheteur. Le premier acheteur paye son prix au premier vendeur en remettant sa facture acquittée sur son propre acheteur et en payant ou en recevant en argent la différence, selon que le prix moyennant lequel il a revendu est plus ou moins élevé que le prix moyennant lequel il avait acheté. Il donne, en outre, ordre au premier vendeur de livrer au second acheteur. Le premier vendeur s'adresse au second acheteur, qui reçoit la facture acquittée de son vendeur et remet en échange une facture sur son sous-acheteur; il règle la différence en argent et il donne ordre de livrer à son ayant cause. Le vendeur primitif arrive ainsi de démarche en démarche jusqu'au dernier acheteur, celui qui n'a pas revendu, qui doit payer et qui a droit de prendre livraison. Le vendeur primitif se trouve avoir en main la facture quittancée du dernier vendeur sur le dernier acheteur et un ordre de livrer à celui-ci. Il reçoit en espèces le payement du prix de la dernière vente contre livraison des marchandises. Il ne bénéficie que du prix de sa propre vente, car si le prix de la dernière vente est plus considérable, il a déjà déboursé la différence. Le but de l'opération est de faire servir le prix dû par le dernier acheteur à désintéresser jusqu'à due concurrence le premier vendeur. Ce mode de règlement est très-équitable. La faillite de l'un des acheteurs intermédiaires ne l'interromprait pas. Comme les marchandises ne sont pas encore entrées dans les magasins du failli et que l'ordre de les livrer n'est pas encore donné, le privilége du premier vendeur n'est pas anéanti. Il peut subordonner la livraison à un payement préalable et intégral, et il obtiendra satisfaction par la remise que lui fera le syndic de la facture du failli sur son acheteur (art. 578 et 550 C. com.).

25. Il n'en est plus de même lorsque des marchandises vendues sont entrées dans les magasins de l'acheteur, ont été ensuite par lui revendues, et que la faillite de ce commerçant est prononcée avant qu'aucun des deux prix, celui de la vente et celui de la revente, ait été payé. Dans ce cas, le vendeur primitif n'a plus privilége sur la chose même (art. 550 C. com.); il n'a pas davantage privilége sur le prix de la revente.

Digitized by Google

Ces marchandises sont entrées dans le courant des affaires de l'acheteur depuis tombé en faillite; elles forment le gage commun de tous ses créanciers; leur revente doit également profiter à la masse. Notre hypothèse est bien différente; l'acheteur qui depuis est tombé en faillite avait revendu avant d'avoir pris possession.

La question nous paraît plus délicate lorsque les marchandises ont été revendues sur factures et connaissements ou lettres de voiture signées par l'expéditeur. Dans cette hypothèse, la loi refuse au vendeur le droit de résolution et la revendication (art. 576). Il y a même raison de refuser le privilége sur les marchandises. Y a-t-il même raison de refuser le privilége sur la créance du prix des marchandises revendues? Nous le croyons.

Si la loi supprime le droit de résolution et interdit la revendication, est-ce uniquement dans l'intérêt du tiers acheteur? Non. C'est principalement dans l'intérêt de la masse. Or, si le droit de préférence sur le prix encore dû n'est pas de nature à inquiéter le tiers acheteur, à qui il est indifférent de voir son argent passer en des mains quelconques, pourvu qu'il soit libéré, ce droit serait nuisible à la masse des créanciers de l'auteur de la revente, aujourd'hui en faillite. Ce tort leur serait-il causé injustement? La loi l'a pensé par cette considération : le vendeur qui remet à son acheteur factures et connaissements, ou lettres de voiture signées de lui, fait l'équivalent d'une tradition. Il se déclare satisfait de l'obligation personnelle de l'acheteur. Il autorise ce dernier à disposer des marchandises. Il lui en fournit par avance le moyen. Il a renoncé, en donnant sa signature sur les connaissements ou lettres de voiture, à mettre aucune opposition à la prise de possession par son acheteur ou par les ayants cause de ce dernier. Tout doit se régler comme si les marchandises étaient entrées dans les magasins du failli; elles sont entrées dans le courant des affaires de l'acheteur et le prix de la revente doit profiter à la masse.

La difficulté que nous venons d'examiner ne s'élève pas dans l'hypothèse que nous avons décrite de vente par filière. Nous avons supposé que la délivrance des factures pour le règlement du prix et de l'ordre de livraison ne s'opérait qu'après la déclaration de faillite de celui qui avait été acheteur

Digitized by Google

d'une part, vendeur de l'autre, sans que rien ait matériellement trahi aux yeux des tiers ces obligations purement consensuelles et non réalisées jusqu'alors.

26. Au surplus le vendeur primitif, premier chaînon de la filière, a dans ce droit de préférence sur le prix d'une revente un avantage facultatif, une sûreté. Il ne cesse pas pour cela d'être créancier de celui avec lequel il a contracté. Donc, si le dernier acheteur est en faillite, le premier vendeur n'acceptera pas l'ordre de livrer contre une facture sur un failli. Il exigera un payement effectif de celui qui aura revendu au failli. Celui-ci, forcé de payer de ses deniers, prendra possession des marchandises et les retiendra jusqu'à ce que les syndics offrent de le désintéresser (art. 578 C. com.).

27. Nous avons interprété dans le sens d'un privilége l'action directe que la jurisprudence accorde au livreur, premier vendeur, contre le réceptionnaire, dernier acheteur [1]. Les auteurs qui n'admettent pas cet idée sont embarrassés sur l'explication du résultat voulu par l'équité. — On a proposé de voir une novation dans le fait de la livraison des marchandises par le premier vendeur au dernier acheteur, personnes qui, originairement, n'avaient pas contracté ensemble. Cette manière de voir a été victorieusement réfutée. Un contrat peut être exécuté par un tiers sans qu'il en résulte de novation. Le premier vendeur est par rapport au dernier acheteur un tiers qui offre à ce dernier l'exécution intégrale de l'obligation contractée envers lui. Comment le dernier acheteur, qui ne peut pas refuser une livraison convenablement offerte, offerte au nom et par ordre de son créancier, serait-il considéré comme ayant par cela seul la volonté de s'obliger envers un nouveau créancier? D'un autre côté, le livreur, qui sur l'indication de son contractant opère la livraison entre les mains d'un tiers, ne doit pas être forcé de subir une substitution de personnes dans la dette du prix. — On a soutenu que le réceptionnaire devenait débiteur de l'auteur de la livraison en vertu d'une convention toute renfermée dans le fait de la livraison et suppléée à raison de l'usage. Il découle de cette opinion que celui qui re-

[1] Marseille, 5 mars 1858, et sur appel, Aix, 18 décembre 1858; Gir. et Clar., 37, 1, 49; Marseille, 26 avril 1858; Gir., et Clar., 36, 1, 153, sur appel, Aix, 29 août 1863, et sur pourvoi, Req., 30 juin 1865; *eod.*, 65, 2, 106.

Digitized by Google

çoit les marchandises pourrait manifester l'intention de ne pas changer de créancier; ce qui aurait une importance en matière de compensation. Il est assez arbitraire de sous-entendre une convention faisant naître une obligation nouvelle dans un fait de livraison, qui est l'exécution pure et simple de contrats antérieurs nullement modifiés. Notre théorie du privilége ne change en rien les rapports des parties tels que les contrats les ont créés [1].

28. Nous craignons d'exagérer la portée de l'idée générale que nous développons et qui peut s'exprimer ainsi : On a privilége sur une créance dont on a fourni à ses dépens et volontairement les conditions d'existence. Nous ne pouvons pas cependant dissimuler la fécondité qu'elle nous paraît avoir pour la solution de difficultés vivement controversées.

L'acheteur d'un immeuble hypothéqué emprunte une somme d'argent pour payer son prix. Il subroge le prêteur dans les droits du vendeur, son créancier direct. Peut-il subroger en outre dans les droits des créanciers hypothécaires aux mains desquels il verse en l'acquit du vendeur le prix qu'il doit?

Le prêteur subrogé au vendeur a l'avantage de primer toutes les hypothèques grevant l'immeuble du chef de l'acheteur, même celles inscrites ou ayant rang avant la vente (hypothèques générales); mais si le prix n'est pas intégralement payé, il est soumis au droit de préférence accordé par la loi au subrogeant pour ce qui lui reste dû quand le payement subrogatoire est partiel. — Le prêteur aurait intérêt à être subrogé aux créanciers hypothécaires désintéressés afin de primer même le vendeur, à qui une portion du prix serait encore due, et afin de l'empêcher de se prévaloir contre le subrogé de l'article 1252 du Code civil.

M. Demolombe, MM. Aubry et Rau accordent au prêteur le profit de la double subrogation.

M. Beauregard, dans une dissertation intéressante récemment publiée [2], soutient que l'acheteur peut accorder l'une ou l'autre subrogation, mais non toutes les deux cumulativement : Si l'acheteur paye le vendeur, et verse aux mains des

[1] M. Ripert, *De la vente commerciale*, mémoire couronné par la Faculté d'Aix, p. 201.

[2] *Revue critique*, année 1876, p. 440.

Digitized by Google

créanciers hypothécaires en acquit du vendeur, subrogation au vendeur. — Si l'acheteur paye comme tiers détenteur les créanciers hypothécaires et veut subroger le prêteur dans leurs droits il le peut, mais alors il ne libère pas le vendeur à l'égard des créanciers hypothécaires, puisqu'il fait revivre au profit du prêteur les droits de ces créanciers contre le vendeur; il ne fait pas aux mains des créanciers hypothécaires un payement qui profite au vendeur; donc il ne se libère pas lui-même à l'égard de son vendeur. Il n'a pas alors la faculté de subroger au privilége du vendeur. Il reste débiteur du prix envers ce dernier; subrogation restreinte aux droits des créanciers hypothécaires.

Nous ne contestons pas l'exactitude de ce raisonnement.

Nous ne croyons pas que, en fait, l'acheteur qui doit un prix s'avise jamais de vouloir subroger directement le prêteur aux droits des créanciers hypothécaires. Il resterait débiteur du prix; l'important pour lui est de se libérer de cette dette. Donc, toujours en fait, s'il verse l'argent parlui emprunté aux mains des créanciers hypothécaires, ce sera en l'acquit de son vendeur, et la subrogation qu'il accordera au prêteur en vertu de l'article 1250-2°, ce sera la subrogation au privilége du vendeur. Mais, du même coup, l'acheteur sera légalement subrogé aux droits des créanciers hypothécaires désintéressés, et cela en vertu de l'article 1251-2°. Il importe peu en effet que l'acheteur ait payé ces créanciers avec de l'argent emprunté ou avec des deniers propres. Le fait prévu par la loi, l'emploi du prix au payement des créanciers hypothécaires, est réalisé dans les deux cas.

Le prêteur subrogé conventionnellement au vendeur aura, selon nous, en outre le profit exclusif de cette subrogation légale acquise à l'acheteur, parce que c'est avec de l'argent qu'il a fourni que le payement suivi de subrogation légale a été effectué.

Voici maintenant les résultats pratiques auxquels nous arrivons.

La subrogation légale de l'acheteur aux droits des créanciers hypothécaires ne peut avoir d'effet que si l'acheteur étant évincé ou la vente étant résolue ou annulée, le prix est restituable. Si l'une de ces hypothèses se réalise, le prêteur, pour qui la subrogation conventionnelle au privilége du ven-

Digitized by Google

deur est en ce cas inutile, exercera au nom de l'emprunteur, mais à son avantage exclusif, des droits dérivant de la subrogation légale.

Aussi longtemps que la vente sera maintenue, si, par exemple, une revente a lieu à l'amiable, ou si le vendeur pour ce qui lui reste dû exerce son privilége et fait vendre aux enchères, l'acheteur ni personne en son nom n'aura de profit à tirer de la subrogation légale, car le prix payé n'est pas restituable; mais alors le prêteur de deniers se servira de la subrogation conventionnelle au privilége du vendeur; il s'en servira pour primer tous créanciers hypothécaires du chef de l'acheteur; il ne s'en servira pas au détriment du vendeur, auquel une partie du prix serait encore due, l'article 1252 s'y oppose.

En résumé, lorsque l'acheteur a emprunté une somme d'argent pour payer son prix, il a pu subroger conventionnellement le prêteur aux droits de son créancier le vendeur; le payement réalisé avec les deniers empruntés entre les mains des créanciers hypothécaires du chef du vendeur ou du chef des précédents propriétaires remplit les conditions de la subrogation légale du 2° de l'article 1251. Le prêteur qui a fourni les éléments de ce payement subrogatoire a privilége sur les droits résultant de cette subrogation légale acquise à son débiteur. Il ne peut s'en prévaloir que dans les circonstances où son débiteur le subrogé pourrait s'en prévaloir lui-même.

Nous pensons qu'au fond notre opinion s'accorde avec celle de l'éminent doyen de la Faculté de Caen, qui s'exprime ainsi : « L'acheteur qui paye avec des deniers empruntés son prix, en le versant aux mains des créanciers hypothécaires premiers en rang, peut subroger le prêteur, non pas dans les droits des créanciers hypothécaires désintéressés, mais dans le bénéfice de la subrogation acquise à lui acquéreur aux termes de l'article 1251, 2°. » — Nous ne pouvons certes pas nous approprier tous les arguments produits par M. Demolombe, mais subroger un créancier dans une subrogation acquise au débiteur, c'est assurer à ce créancier l'émolument exclusif d'une subrogation qu'il exercera comme le débiteur l'exercerait lui-même. Nous constatons l'analogie qui existe entre notre sentiment et la formule dans

Digitized by Google

laquelle le savant professeur résume son opinion (*Des contrats et oblig.*, t. IV, nos 399 et suiv.).

29. Une objection se dresse peut-être dans l'esprit de ceux qui nous lisent. Construire un privilége sans l'appuyer sur un texte de loi est une témérité de la part de l'interprète d'une législation positive; aussi sommes nous heureux de pouvoir, dans une hypothèse spéciale, invoquer un texte qui pour les autres hypothèses fournit un argument *à fortiori*.

Des marchandises ont été mises en dépôt dans les magasins d'un commerçant. Celui-ci, simple dépositaire, trompe la confiance qui avait été placée en lui et vend les marchandises. La livraison est faite; le prix est encore dû. En cet état, le dépositaire infidèle est déclaré en faillite.

La loi (art. 575 C. com.) décide que le déposant peut revendiquer le prix ou la partie du prix non payé, ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant. Revendiquer, le mot n'est pas correct; mais il exprime énergiquement la volonté que le prix de la vente faite par le dépositaire soit versé aux mains de l'ancien propriétaire déposant, et que la masse souffre ce payement comme un avantage spécial dû à un créancier particulier. Qu'est-ce autre chose que l'exercice d'un privilége? Le créancier du prix est incontestablement et uniquement le dépositaire vendeur; celui-ci n'a pas agi pour le compte du déposant. Le propriétaire victime d'un abus de confiance n'a de son chef de droit et d'action que contre le dépositaire en qui il s'est imprudemment confié. Si le dépositaire, au lieu d'être en faillite, était parfaitement solvable et que l'acheteur fût en faillite, assurément le déposant ne serait pas forcé de se contenter de ce que la loi appelle improprement la revendication du prix. Donc le déposant n'a qu'un débiteur direct, le dépositaire; il profite s'il y a intérêt par l'effet d'une attribution légale, à l'exclusion des autres créanciers du dépositaire, de la créance de ce dernier contre l'acheteur. C'est un véritable privilége sur une créance que la loi lui accorde.

Nous avons dit que l'article 375 du Code de commerce suggérait un argument *à fortiori* pour la solution à donner dans les hypothèses précédemment décrites. Voici pourquoi: le vendeur procure à l'acheteur le droit de disposer, le moyen de revendre; il fournit volontairement la substance

Digitized by Google

du contrat de revente, dont il prétend avoir le bénéfice exclusif. — C'est contre la volonté et les prévisions du déposant que le dépositaire dispose de la chose ; le déposant paraît avoir moins de droit, à prétendre sur les effets d'un contrat, qu'il n'a ni autorisé ni préparé.

30. Jusqu'à présent, le privilége reconnu reposait sur cette idée principale que le créancier privilégié avait fourni les éléments avec lesquels s'était formée l'obligation affectée du privilége. Une considération nouvelle va nous guider dans la reconnaissance de priviléges sur des créances. La voici : un recours qui naît d'une action personnelle par nous exercée doit nous profiter exclusivement. La raison conçoit le motif de la préférence. Pourquoi la masse des créanciers bénéficierait-elle d'une créance qui est née au profit du débiteur commun, uniquement parce qu'il est obligé envers moi et que je l'ai poursuivi? Il n'a de recours que parce que je l'actionne. Les autres créanciers n'ont rien à voir et à prétendre dans une créance qui sans moi, sans ma volonté, sans mon action, n'existerait pas au profit du débiteur commun.

31. Plusieurs ventes successives dans une éventualité différente de celle que nous avons précédemment envisagée nous en présentera un premier exemple.

Une même chose a été l'objet de plusieurs ventes successives. Le dernier acheteur subit une éviction qui motive des recours successifs en garantie. Chaque acheteur n'est créancier que de son vendeur, mais il a, suivant nous, droit de préférence sur les créances de garantie contre les vendeurs antérieurs.

Le motif de la solution est d'une saisissante équité.

Si l'acheteur frappé par l'éviction ne recourait pas contre son vendeur, celui-ci, n'éprouvant aucun dommage de l'éviction, n'aurait pas le droit d'agir contre son propre vendeur. Donc la créance du sous-vendeur contre le premier vendeur surgit du dommage éprouvé par le dernier acheteur et de la réparation qui lui est due. L'acheteur évincé tient avec raison ce langage à la masse des créanciers de son vendeur : Notre débiteur commun n'est créancier en garantie contre son vendeur que parce qu'il est débiteur en garantie envers moi. Comment n'aurais-je pas le droit d'intercepter à votre exclusion une indemnité qui n'est due à notre débiteur que parce qu'il me la doit?

Digitized by Google

Supposons notre doctrine répudiée; voici un résultat qui pourra se produire et contre lequel la raison se révolte. L'indemnité due par le premier vendeur pourra être saisie-arrêtée par les créanciers du premier acheteur, et mise en distribution entre eux tous; de telle sorte que les créanciers percevront un dividende qui sera pour eux un gain inespéré, et cela à l'occasion d'un dommage éprouvé par l'un d'entre eux, le sous-acheteur évincé, dommage qui restera sans réparation.

32. Des auteurs arrivent par un autre moyen au but que l'équité commande. Ils regardent toute revente comme renfermant implicitement la cession de l'action en garantie dont le sous-vendeur est armé à l'égard de son propre auteur. (V. M. Demolombe, *Contrats et oblig.*, t. II, n° 141; Aubry et Rau, art. 312, texte, et note 26.) Dans cette opinion, l'efficacité de cette cession sous-entendue doit être subordonnée à une signification au débiteur cédé. L'article 1690 régit toutes les cessions de créance expresses ou implicites. La rédaction de l'exploit offre quelque difficulté. La signification sera remplacée par une notification. Il est impossible de donner copie d'un acte de cession, puisque le contrat de revente est muet à cet égard; mais il est possible de faire connaître au premier vendeur les faits d'où résulte un transport de la créance en garantie. Le vœu de la loi est rempli; nous l'accordons.

Notre théorie, qui dégage des circonstances un privilége, est plus simple et plus protectrice.

33. La jurisprudence a consacré dans une hypothèse particulière, relativement à une obligation née d'un délit civil, l'idée dont nous avons présenté une application en matière d'éviction. Elle s'est servie de l'expression *subrogation virtuelle;* mais action directe, subrogation virtuelle, qu'on emploie le mot que l'on voudra, ce n'est, à notre avis, autre chose que la reconnaissance d'un privilége.

Une personne s'est fait assurer contre le recours de ses voisins en cas de dommage causé par la communication de l'incendie. Il a été jugé par la Cour de Paris que le voisin lésé par la propagation du feu et créancier d'une indemnité était virtuellement subrogé dans le droit de l'assuré responsable contre l'assureur (arrêt du 24 mars 1855, *Journal des assur.*, Badon-Pascal, 1855, p. 207; M. Demolombe, *Contrats et oblig.*, t. II, n° 141). Assurément l'assureur est

Digitized by Google

obligé envers l'assuré, et la personne incendiée l'est envers le voisin. Assurément le voisin peut exiger la réparation de son dommage de la personne chez qui l'incendie a commencé, sans se soucier d'avoir rien à débattre avec la compagnie d'assurance. Les magistrats ont voulu seulement que la créance née du contrat d'assurance profitât au voisin par préférence à la masse des créanciers de l'assuré. Ils ont constitué sur cette créance un privilége au profit de ce voisin. Ils ont par là conduit l'assurance jusqu'à sa fin dernière la plus naturelle. Ils ont pensé que l'ensemble des créanciers ne devait pas justement, grâce à l'assurance, tirer avantage d'un sinistre qui afflige particulièrement l'un d'entre eux, le voisin. Ils ont été touchés d'une considération que nous devons retenir, car nous aurons à l'invoquer dans d'autres hypothèses. Le voisin lésé est fondé à dire aux autres créanciers : Sans le dommage que j'éprouve et la créance qui en résulte, l'assureur ne devrait pas l'indemnité litigieuse. C'est donc à raison d'une perte que je subis que notre débiteur commun est créancier du montant de l'assurance. Si vous prenez part égale dans cette somme, vous serez injustement enrichis à mon préjudice.

La même solution doit, par identité de motifs, être donnée relativement à l'assurance des risques locatifs. Le propriétaire bailleur, créancier du locataire assuré, doit avoir privilége sur l'indemnité due par l'assureur.

Abordons de nouvelles hypothèses.

Nous sommes tenté de reconnaître aux créanciers d'une société en commandite ou anonyme une action privilégiée sur les mises non encore payées par les commanditaires et les actionnaires. On terminerait ainsi la controverse ardente qui s'est élevée sur la nature de cette action.

Cette action est qualifiée par les arrêts et les auteurs d'action directe, comme celle du bailleur principal contre le sous-locataire, comme celle des ouvriers contre le maître de l'ouvrage. Nous acceptons l'assimilation, établie par l'identité des mots employés, entre ces hypothèses. Action directe, nous aimerions mieux action indirecte privilégiée ; mais le langage est libre et le fond importe surtout.

Le commanditaire et l'actionnaire doivent à ceux avec lesquels ils ont traité, c'est-à-dire leur coassociés ou mieux la

Digitized by Google

société. Ils doivent un apport, une mise sociale, dette qui résulte essentiellement d'un contrat de société.

Il est juste que cette mise encore due profite uniquement aux créanciers sociaux parce qu'elle leur a été annoncée comme leur garantie, parce qu'elle fait partie de l'actif social qui est leur gage.

L'affectation privilégiée répond à ce but sans qu'il soit nécessaire de soutenir, ce qu'il est difficile de démontrer, que les commanditaires et les actionnaires soient obligés directement envers les créanciers.

Nous créons, dira-t-on peut-être encore, un privilége, et nous n'avons pas de texte de loi, comme il en existe noiamment pour le bailleur principal et pour les ouvriers.

Non; cette critique, ici du moins, n'est pas exacte. Nous tirons une conséquence de plus du principe admis de la personnalité de la société commerciale. En vertu de ce principe, tout l'actif de la société doit servir au payement du passif social avant de se répartir entre les fortunes propres des associés au profit de leurs créanciers personnels; tout l'actif, les créances de même que les autres biens. Les fonds promis et non encore versés par les commanditaires et les actionnaires entrent sous forme de créance dans la composition de l'actif social. Donc les créances contre les commanditaires ou actionnaires débiteurs de leurs mises tombent sous l'affectation privilégiée qui grève toutes les valeurs sociales au profit des créanciers sociaux. Notre décision et la formule que nous lui donnons n'ont rien d'exorbitant.

Notre manière de voir a l'avantage de rendre possibles, de déclarer valables toutes les conventions normales qui peuvent intervenir entre le gérant ou les représentants de la société et les commanditaires ou les actionnaires. Le privilége porte sur la créance de la société telle qu'elle est constituée ou modifiée sans fraude.

34. Les décisions de la jurisprudence en matière de provision, décisions qui attribuent au porteur de la lettre de change le profit exclusif de la provision, peuvent aussi se ramener à notre théorie.

Prenons une hypothèse fréquente. Le tireur a fait traite sur le tiré parce qu'il était créancier de ce dernier. La lettre de change n'est pas une cession de créance; elle constitue

Digitized by Google

ou constate une obligation à la charge du tireur; elle n'est pas subordonnée à l'existence d'une créance du tireur sur le tiré; elle ne fait pas mention d'une créance transportée contre le tiré; elle respecte la liberté entière du tiré qui acceptera ou n'acceptera pas. Mais n'est-il pas naturel, utile, conforme au but poursuivi que, si le tiré est débiteur du tireur, le porteur ait le droit de se faire payer sur le montant de cette créance par préférence à la masse des créanciers du tireur?

Quand le tiré a donné son acceptation, la décision ne fait pas doute, en ce sens que le tiré a le droit de retenir ce qu'il doit au tireur pour faire honneur à l'engagement que son acceptation lui impose. L'intérêt du tiré concourt à faire respecter l'attribution privilégiée faite au porteur.

Nouvel exemple d'un privilége sur une créance.

35. N'est-ce pas aussi par une idée d'affectation de créance à titre de gage ou de privilége qu'il faudrait expliquer l'attribution aux créanciers hypothécaires de l'indemnité due pour assurance d'un immeuble incendié?

Il est dit et répété partout que l'indemnité d'assurance ne représente pas l'immeuble incendié, qu'elle n'est pas assimilable au prix de l'immeuble. Cette proposition a, selon nous, un caractère incontestable de vérité. — Le but juridique de la vente est de faire avoir au vendeur dans son patrimoine le prix à la place de la chose, et à l'acheteur la chose à la place du prix par lui déboursé. Le prix tient lieu de la chose, et réciproquement. C'est alors que l'on peut exactement parler d'une substitution de choses, d'une subrogation réelle. Il n'en est pas de même dans le contrat d'assurance. Les valeurs qui se correspondent, qui s'équilibrent sont, d'une part, les primes payées à tout événement, d'autre part, le capital promis dans l'éventualité d'un sinistre.

Il est vrai que le capital promis se proportionne à l'étendue du dommage. On peut dire que le but moral ou extrinsèque est de réparer le préjudice, de combler le vide fait dans la fortune de l'assuré. Mais le but juridique est différent. L'assureur ne doit pas la réparation d'un dommage dont il n'est pas l'auteur, dont il n'est pas responsable, dont il n'a point profité; il doit l'équivalent des primes qu'il a touchées et des chances qu'il a courues.

Digitized by Google

Mais si le capital dû en vertu d'un contrat d'assurance n'est pas assimilable au prix de l'immeuble vendu, la créance de ce capital est-elle susceptible d'être affectée dans une proportion ou dans une autre aux créanciers du propriétaire? Y a-t-il quelque raison d'accorder aux créanciers hypothécaires préférence sur cette créance par rapport aux créanciers chirographaires?

Le contrat d'assurance est destiné à réparer une perte et non à procurer un gain.

En attribuant le montant de l'assurance aux créanciers hypothécaires, nous suivons cette idée, au delà il est vrai, des limites du contrat qui ne régit que les rapports des parties contractantes, mais d'une façon raisonnable. Pour les créanciers chirographaires de l'assuré, la somme due par l'assureur serait un gain dû au hasard, ce qui est plus grave, un gain perçu à l'occasion du malheur d'autrui.

Par notre décision, nous effaçons, et c'est là une conséquence heureuse, toute différence entre le cas où l'assureur répare, comme il en a le droit, l'immeuble incendié, et le cas où il se libère en argent. Pourquoi la volonté de l'assureur aurait-elle cette puissance de diriger le profit de l'assurance vers telle ou telle catégorie des créanciers de l'assuré?

L'objection tirée de ce que les primes ont été payées au détriment de la masse chirographaire n'a aucune valeur. Car si l'assureur restaure ou reconstruit l'immeuble, si l'assuré, après avoir touché l'indemnité du sinistre, l'emploie à la réédification de son immeuble, les créanciers hypothécaires en profiteront; les créanciers chirographaires ne pourront pas s'en plaindre. Donc il n'est pas injuste, disons mieux il est juste, que l'indemnité de l'assurance tourne à la satisfaction des créanciers hypothécaires.

36. Par le point de vue auquel nous nous plaçons, celui d'une affectation privilégiée de la créance du capital assuré, nous échappons à plusieurs objections très-fortes soulevées contre l'opinion qui donne à l'hypothèque elle-même effet sur le capital de l'assurance.

a) L'immeuble a péri; l'hypothèque n'existe plus. Comment un droit de préférence pourrait-il en découler?

b) L'indemnité que paye l'assureur est l'équivalent des primes et non pas l'équivalent de l'immeuble comme le prix

Digitized by Google

dans la vente. L'acheteur doit le prix parce qu'il a reçu l'immeuble. L'assureur ne reçoit pas, n'acquiert pas l'immeuble, dont la destruction motive le payement de l'indemnité. L'hypothèque frappe le prix parce que le prix est substitué à la chose; il n'en est pas ainsi du capital de l'assurance.

Tout cela est vrai; mais n'a plus de portée si, comme nous le pensons, les créanciers hypothécaires ont le droit de toucher l'indemnité par préférence aux créanciers chirographaires, non pas en vertu de leurs hypothèques sur la chose, mais en vertu d'un privilége légal sur la créance née du contrat d'assurance.

L'assureur n'a pas à se préoccuper comme l'acquéreur des hypothèques inscrites. S'il paye de bonne foi l'indemnité à l'assuré avant toute action ou opposition de la part des créanciers hypothécaires, il est valablement libéré; la créance, objet du privilége, a péri; le privilége a disparu.

La résistance opiniâtre des assureurs à ce que l'indemnité soit considérée comme affectée des hypothèques, n'a plus de raison d'être dans notre théorie. C'est aux créanciers hypothécaires à faire diligence pour avertir l'assureur de leur privilége sur l'indemnité.

37. Le résultat auquel nous arrivons, en nous inspirant d'un principe dont nous avons vu plusieurs applications écrites dans notre législation, est celui vers lequel marchent les réformes législatives récentes.

La loi belge du 16 décembre 1851 sur le régime hypothécaire porte (art. 10) : « Lorsqu'un immeuble, des récoltes ou des effets mobiliers auront été assurés, soit contre l'incendie, soit contre tout autre fléau, la somme qui, en cas de sinistre, se trouvera due par l'assureur, devra, si elle n'est pas appliquée par lui à la réparation de l'objet assuré, être affectée au payement des créances privilégiées ou hypothécaires selon le rang de chacune d'elles. »

Une loi prussienne du 5 mai 1872 sur le régime hypothécaires dispose (art. 30) : « L'inscription frappe... l'indemnité d'assurance allouée au propriétaire pour fruits, dépendances ou bâtiments incendiés ou endommagés par le feu, à moins que cette indemnité ne doive être employée, d'après la police d'assurance, à la reconstruction des bâtiments. »

Nous sommes loin de conseiller à la jurisprudence de sous-

Digitized by Google

entendre une semblable disposition dans notre législation qui garde le silence. Ce serait une témérité déraisonnable.

Nous doutons même que les législateurs étrangers aient complétement organisé dans ses conséquences le principe qu'ils ont posé.

Si l'on admet que l'hypothèque frappe l'indemnité d'assurance, comme elle frappe le prix de la vente, si l'inscription prise sur l'immeuble saisit l'indemnité d'assurance et est opposable à l'assureur, il faut en conclure que l'assureur doit, comme l'acheteur, accomplir avant de payer des formalités de purge, notamment mettre les créanciers ayant des hypothèques légales dispensées d'inscription en demeure de se faire connaître; il doit avoir le moyen d'arrêter à un moment précis le cours des inscriptions qui lui seront opposables.

Le législateur seul peut organiser cette procédure; nous sommes étonné que les lois étrangères n'y aient pas expressément pourvu; mais la jurisprudence peut, nous le croyons, conduite par des analogies puissantes, accorder aux créanciers hypothécaires préférence sur l'indemnité à l'encontre des créanciers chirographaires de l'assuré. C'est aux créanciers hypothécaires à faire valoir ce droit de préférence par des saisies-arrêts opportunes. S'ils laissent l'assureur se libérer avant qu'ils n'aient agi, avant qu'ils n'aient révélé leur droit à l'assureur, ils perdent un droit dont l'objet, la créance d'indemnité, est éteint, Cette solution est moins novatrice; elle est conforme à l'utilité pratique.

38. Quelle est d'ailleurs la conséquence dernière de l'opinion qui refuse aux créanciers hypothécaires droit de préférence sur l'indemnité? C'est non pas tant d'être utile à la masse des créanciers de l'assuré que de bouleverser l'ordre entre les créanciers hypothécaires. Les créanciers qui se font constituer des hypothèques conventionnelles songent presque toujours à se faire transporter la créance éventuelle résultant du contrat d'assurance. Ils signifient ce transport et sont en sûreté. Les créanciers à qui la loi confère hypothèque, de tous les créanciers les plus intéressants, ne peuvent pas faire semblable stipulation. Ils viendraient peut-être les premiers dans un ordre sur un prix de vente. Ils seront primés par des créanciers hypothécaires postérieurs dans la distribution de l'indemnité d'assurance.

Digitized by Google

Notre opinion nous semble garder un juste milieu entre deux extrêmes.

Une opinion déclare l'indemnité d'assurance affectée des hypothèques. L'intérêt de l'assureur est sacrifié si l'on ne lui donne le droit de faire apparaître les hypothèques dispensées d'inscription, le droit d'arrêter le cours des inscriptions. Or notre loi ne l'a point fait. L'assureur ne sait pas entre les mains de qui il doit payer.

Une opinion offre aux créanciers hypothécaires comme seule ressource de se faire céder la créance éventuelle née du contrat d'assurance. Cette ressource n'est pas à l'usage des créanciers auxquels la loi confère une hypothèque. L'intérêt de ces créanciers, presque tous des incapables, est sacrifié.

Dans notre sytème, tout créancier ayant hypothèque sur l'immeuble a privilége sur l'indemnité d'assurance. Ce privilége doit se manifester par une opposition entre les mains de l'assureur avant un payement loyalement fait à l'assuré. L'assureur n'a point à redouter l'exercice de droits clandestins. Les représentants des incapables peuvent par une opposition sauvegarder l'intérêt de ceux qu'ils défendent.

39. Nous avons admis que l'indemnité d'assurance est l'équivalent des primes et non pas de l'immeuble incendié. Nous avons concédé que l'hypothqèue établie sur l'immeuble ne frappe point l'indemnité. Néanmoins il ne faut pas nier que le capital de l'assurance proportionné au dommage ne soit destiné à réparer le dommage. Le mot même *indemnité* le prouve.

Les tribunaux se sont placés à ce point de vue pour en tirer des conséquences. L'assureur qui a payé le capital de l'assurance est subrogé de plein droit aux actions de l'assuré contre les tiers responsables du dommage. Pourquoi? L'assureur doit la réparation du préjudice, il doit ce que doit le tiers qui en est l'auteur responsable. Il acquitte la dette de ce dernier; il a un recours que la subrogation vient fortifier.

Ce que nous déduisons de ce raisonnement, c'est uniquement cette idée : la dette de l'assureur est identique pour l'objet à la dette du tiers auteur responsable du sinistre.

L'indemnité due par le tiers responsable, la perte d'un immeuble profiterait aux créanciers hypothécaires. L'indemnité due par l'assureur doit également profiter aux créanciers

Digitized by Google

hypothécaires plutôt qu'aux créanciers chirographaires, qui n'ayant pas souffert recevraient, comme un pur bénéfice, ce qu'on appelle une indemnité.

Cela est moins un argument de droit qu'une considération d'équité. L'obligation qui naît de la faute s'adresse directement à la personne lésée. Le créancier hypothécaire est lésé. Le droit du créancier hypothécaire à la réparation du préjudice prime, paralyse jusqu'à due concurrence le droit du propriétaire. Le propriétaire reçoit en libération de sa dette hypothécaire l'indemnité payée au créancier. Au contraire, l'obligation qui naît du contrat d'assurance existe et ne peut exister qu'à l'avantage de la partie qui a contracté; c'est le propriétaire et non par le créancier.

Cette différence est juridiquement exacte. Elle prouve que le procédé qui donnera au créancier le profit de l'assurance doit être différent dans les deux hypothèses. Le créancier qui peut invoquer contre l'auteur du sinistre l'article 1382 du Code civil ne peut invoquer contre l'assureur le contrat auquel il est resté étranger. Tout cela est vrai, mais n'empêche pas qu'il ne soit juste que le bénéfice de l'assurance arrive parmi les ayants cause de l'assuré à ceux que le sinistre a affligés. Ce résultat est conforme au caractère d'indemnité reconnu par tout le monde au capital payé par l'assureur. Ce résultat, qui pourrait être atteint par une délégation de l'assuré sans que la masse des créanciers chirographaires eût à s'en plaindre, doit mieux encore être réalisé d'office par le législateur ou même par la jurisprudence, au moyen d'un droit de préférence attribué aux créanciers hypothécaires sur la somme assurée.

40. Nous trouvons dans les aperçus qui précèdent le moyen de résoudre une difficulté que la loi nouvelle sur l'hypothèque maritime a déjà fait naître.

Cette loi autorise à hypothéquer les navires; elle assujettit l'hypothèque à une publicité. Elle décide que l'inscription de l'hypothèque sur un navire vaut opposition au payement ou signification du transport de l'assurance. (V. art. 17 de la loi du 10 déc. 1874.)

Supposons qu'une hypothèque ait été constituée et que le navire ait péri avant l'inscription. Que faire? Rendre efficace par l'inscription une hypothèque sur une chose qui n'existe

Digitized by Google

plus est un procédé assez anomal. En outre, la faculté de s'inscrire après la perte, sans aucune limite de temps (la loi ne fixe aucun délai), suscite de graves inconvénients pratiques. La perte arrivée, l'assureur est mis en demeure d'exécuter le contrat; il demande à l'administration de la douane un état des inscriptions. Mais il ne sera jamais en sûreté si, après qu'il aura reçu un certificat négatif, une inscription peut surgir avec efficacité dans l'intervalle forcé de quelques jours devant s'écouler entre la délivrance du certificat et le payement de l'indemnité. On diminuerait les dangers en décidant que, après la perte du navire, aucune hypothèque ne peut plus être utilement régularisée, mais que le créancier hypothécaire doit alors, par une opposition signifiée à l'assureur, vivifier ou le droit de préférence spécial sur l'indemnité que nous reconnaissons, ou le transport implicite de l'indemnité d'assurance que la loi sous-entend dans toute constitution d'hypothèque maritime[1].

41. Nous avons supposé la perte, la destruction totale du navire. Nous avons décidé qu'après la destruction d'une chose, aucune hypothèque ne peut plus être acquise ou rendue efficace sur cette chose, qu'une inscription prise après la perte du navire est nulle. Il en résulte que si l'inscription n'a pas été prise avant le départ du navire, la prudence conseillera presque toujours de doubler l'inscription d'une signification à l'assureur. Cette signification du transport de l'assurance sera utile s'il est démontré qu'à cette époque le navire avait déjà péri.

Prévoyons maintenant le cas d'innavigabilité. Peut-on dire que le bâtiment devenu innavigable n'existe plus? Nous ne le croyons pas. Il n'est pas encore à l'état de débris informes et sans destination. Donc une inscription hypothécaire peut encore être prise. Dans cette hypothèse, la sagesse du législateur nous paraît en défaut. L'assureur informé du fait et sommé de s'exécuter se fait délivrer un certificat par le receveur des douanes. Ce certificat est négatif. Cependant une inscription peut survenir, même avant le payement. Quel sera le sort de l'assureur qui aura payé de bonne foi au détriment de telle hypothèque tardivement inscrite? Nous croyons que les tribunaux, complétant la loi, déclareront le payement

[1] V. un article fort intéressant de notre collègue et ami M. Lyon-Caen (*Gazette des tribunaux*, 1er et 2 avril 1875).

Digitized by Google

fait de bonne foi et avec toute la diligence que le système de la loi comporte, libératoire pour l'assureur. Le créancier hypothécaire sera presque toujours en faute de n'avoir pas régularisé par l'inscription, avant le départ du navire, l'hypothèque dont la constitution est antérieure à ce départ. La conclusion pratique n'est-elle pas que toutes les fois que l'inscription hypothécaire n'aura pas été prise avant le départ du navire, le créancier sera bien inspiré d'ajouter à l'inscription tardive une signification à l'assureur du transport de l'assurance [1].

42. Il découle, non pas du texte de l'article 17, mais du rapport fait à l'Assemblée nationale, que la disposition d'après laquelle l'inscription de l'hypothèque vaut opposition ou signification du transport de l'assurance est restreinte au cas où le sinistre entraîne la perte ou l'innavigabilité du navire. Est-ce à dire que le créancier hypothécaire n'aura aucun droit sur une indemnité due pour un sinistre moindre? On peut le soutenir et expliquer la loi ainsi comprise par cette pensée que l'indemnité doit en ce cas servir à la réparation du navire avarié. Aucune difficulté ne s'élève si l'assureur lui-même acquitte sa dette en effectuant la réparation. Mais que décider si l'assureur préfère payer une somme d'argent? La réparation du navire est peut-être la chose la plus conforme à l'intérêt bien entendu des deux parties, propriétaire du navire et créancier hypothécaire. Mais ne faut-il pas armer le créancier d'un droit pour que la somme, si elle ne sert pas à la réparation du navire, serve à son payement? La loi a-t-elle voulu refuser en ce cas au créancier le bénéfice d'un transport sous-entendu ou seulement décider, ce qui est raisonnable, que dans ce cas l'inscription ne vaut pas opposition? Nous n'osons nous prononcer. Nous disons uniquement que selon la raison du droit, telle qu'elle nous apparaît, le débiteur doit être forcé d'employer la somme à la réparation du navire ou au payement de la dette hypothécaire, que le créancier ne doit pas avoir le droit d'empêcher l'emploi de la somme à la restauration du navire endommagé, mais qu'il doit avoir le droit d'empêcher le débiteur de s'approprier cette somme sans la faire servir ni à la restauration du gage ni au payement de la créance garantie.

[1] Nous ne parlons pas de l'hypothèque établie en cours de voyage; la publicité précède nécessairement.

Digitized by Google

43. Les créanciers hypothécaires peuvent faire assurer leur garantie immobilière contre la chance de l'incendie. C'est la ressource que leur offrent les auteurs qui leur refusent tout droit de préférence sur l'indemnité due au propriétaire.

Ce remède est insuffisant, surtout dans une législation qui limite en maximum le taux de l'intérêt. Le créancier, pour être assuré, devra payer une prime qui diminuera le montant du revenu qu'il tire de l'argent prêté [1].

Supposons que le créancier hypothécaire use de cette ressource. Nous allons trouver sous un autre aspect le droit de préférence que nous revendiquons pour lui, tant il est dans la nature des choses.

Le propriétaire a assuré son immeuble; le créancier a de son côté assuré sa garantie hypothécaire; mettons : tous les deux pour un capital égal. L'immeuble est détruit par un incendie. Un double capital n'est certainement pas dû. La somme à payer par l'assureur ou les assureurs ne doit pas excéder la valeur totale de l'immeuble incendié. Qui est-ce qui sera indemnisé du propriétaire ou du créancier? Dira-t-on que le premier payement effectué entre les mains de l'un libérera de toute obligation à l'égard de l'autre? Admettra-t-on un marc le franc entre les intéressés? Non. Le créancier hypothécaire prime le propriétaire et les ayants cause de ce dernier. L'assureur, après avoir indemnisé le créancier hypothécaire, est libéré d'autant à l'égard du propriétaire.

Cette solution n'est pas contestée. Tout le monde subordonne l'assurance du propriétaire à celle du créancier hypothécaire; tout le monde, sur l'unique somme que les assurances multiples ne peuvent dépasser, à savoir la valeur de la chose, accorde préférence au créancier hypothécaire.

Que l'on cherche les raisons de cette préférence, on reconnaîtra qu'elles militent toutes en faveur d'une préférence des créanciers hypothécaires sur le capital assuré par le propriétaire seul. Ce que paye l'assureur mérite le nom d'indemnité, l'indemnité doit aller où est le dommage. En payant le créancier hypothétaire, on donne en même temps satisfaction au propriétaire. En versant la somme aux mains

[1] V. les observations de M. Lyon-Caen (*Gazette des tribunaux*).

Digitized by Google

du propriétaire pour être distribuée également entre tous ses créanciers, on procure aux créanciers chirographaires un gain immérité; on laisse en souffrance l'intérêt du créancier hypothécaire directement atteint par l'incendie.

44. Quel est le résultat le plus clair de la jurisprudence que nous combattons? C'est de contraindre, de pousser le créancier hypothécaire à s'assurer lui-même, sans compter sur l'assurance du propriétaire. C'est de faire payer aux assureurs double prime pour un seul sinistre à réparer. Aussi nous comprenons que les compagnies d'assurance approuvent la décision qui refuse aux créanciers hypothécaires préférence sur le capital d'assurance de l'immeuble.

45. Dans tous les cas où un privilége existe sur une créance, le payement effectué normalement et de bonne foi, en éteignant la créance, éteint le privilége.

Le créancier privilégié a la faculté de prévenir un payement qui lui serait préjudiciable en formant une opposition. Nous avons vu dans le décret de l'an II la saisie-arrêt indiquée comme le moyen de faire valoir un privilége sur une créance.

46. La cession de la créance ne porte aucune atteinte au privilége. La créance passe au cessionnaire affectée du droit de préférence.

47. Si la cession a été simultanée avec la naissance de l'obligation et a été la condition du contrat principal, une difficulté s'élève.

Fixons notre pensée sur deux hypothèses :

48. 1° Un ouvrage est entrepris. Dans le contrat lui-même, le prix est transporté à un tiers. Nous ne croyons pas que cette cession contemporaine du contrat puisse nuire aux ouvriers plus qu'une cession postérieure. La raison du privilége existe à l'égard du cessionnaire comme à l'égard de l'entrepreneur. Sans le travail des ouvriers, le prix ne serait pas dû.

49. 2° Un propriétaire dont l'immeuble est hypothéqué assure cet immeuble, mais il transporte de suite la créance du capital assuré à sa femme ou à ses enfants déjà nés et individuellement désignés.

Il faut ici bien préciser l'objet de l'assurance. Si le propriétaire assure sa femme et ses enfants contre la chance de la perte d'un immeuble sur lequel ils ont une éventualité de

Digitized by Google

droit, il est certain que l'assurance ne peut profiter aux créancier hypothécaires. Mais en ce cas le capital assuré n'est payable à la femme et aux enfants qui sont les véritables assurés que dans les circonstances et dans la mesure où ceux-ci recueilleraient la propriété de l'immeuble non incendié. Ce contrat semble renfermer un pacte sur succession future, au moins pour les enfants; il est l'assurance d'un intérêt de succession. La validité est fort douteuse malgré le consentement de celui de la succession duquel il s'agit.

Une autre interprétation du contrat est possible.

Le propriétaire de l'immeuble hypothéqué a voulu assurer son intérêt à la conservation de l'immeuble. Puis en même temps et du même coup, devenu créancier, ayant acquis un bien éventuel, il a donné le capital de l'assurance à sa femme et à ses enfants. C'est une donation entre vifs d'un bien futur; c'est une donation qui a été la condition du contrat d'assurance. Le sinistre a lieu. Les créanciers hypothécaires peuvent-ils prétendre s'attribuer le capital de l'assurance? Non. Peuvent-ils prétendre que cette créance a été dès l'origine grevée d'un privilége à leur profit et a passé aux donataires ainsi affectée? Non, nous ne le pensons pas. Répétons que le capital de l'assurance ne représente pas l'immeuble assuré, que l'hypothèque ne porte pas sur ce capital. Le débiteur, qui n'est pas tenu envers le créancier hypothécaire à faire assurer son immeuble, l'a fait très-librement, afin de se procurer la créance d'un capital dont il a immédiatement disposé au profit d'autrui. Le propriétaire a lié ensemble indissolublement deux actes, l'assurance et la donation, que les créanciers ne peuvent pas séparer. Le propriétaire n'aurait pas fait l'assurance s'il n'avait pu en même temps réaliser la donation. La créance du capital assuré n'a jamais fait partie du patrimoine du débiteur, en ce sens qu'elle n'a fait que traverser ce patrimoine; elle n'y est entrée que pour en sortir immédiatement et du même coup. Par rapport aux créanciers hypothécaires, la situation est la même que si l'assurance n'avait pas été contractée.

Cette solution n'est pas contradictoire avec celle qui, lorsque la créance du capital assuré est dans la fortune du débiteur, l'affecte au payement des créanciers hypothécaires par préférence aux créanciers chirographaires.

50. L'hypothèse sur laquelle nous venons de raisonner ne

Digitized by Google

sera pas fréquente en pratique, parce que le propriétaire est forcé de se dépouiller irrévocablement.

D'ailleurs les créanciers ont peut-être un moyen de neutraliser le mauvais procédé de leur débiteur à leur égard. Ils peuvent faire assurer leurs créances hypothécaires, et comme le capital payé pour toutes les assurances relatives à une même chose incendiée et détruite ne peut pas excéder la valeur totale de cette chose, les assureurs ne payeront pas au propriétaire ou au cessionnaire du propriétaire ce qu'ils auront payé aux créanciers hypothécaires. Il est vrai que les créanciers auront à payer une prime; mais comme l'assurance du propriétaire est paralysée jusqu'à due concurrence par l'assurance des créanciers hypothécaires et que le propriétaire court le risque de payer des primes sans profit, si les parties sont raisonnables, elles s'entendront pour faire une seule assurance à l'avantage d'abord des créanciers hypothécaires, subsidiairement de ceux que le propriétaire veut gratifier.

51. Au lieu d'une cession, supposons une novation. Prenons un exemple. L'entrepreneur délègue au maître un débiteur que celui-ci accepte.

Cela n'est pas fort à craindre parce que le maître se désarmerait de toutes les exceptions qu'il pourrait tirer de la non-exécution ou de la mauvaise exécution de l'ouvrage.

L'hypothèse est, nous le croyons, assez chimérique; mais enfin si elle se réalisait, il nous semble que le privilége serait éteint. La créance, objet du privilége, n'existe plus; elle a fait place à une autre, et elle a trouvé la mort dans cette substitution. Le privilége s'évanouit avec son objet.

La seule ressource du créancier privilégié serait d'attaquer pour cause de fraude la novation qui lui est si préjudiciable.

52. Une compensation aurait le même effet qu'un payement. Éteignant la créance, elle ferait disparaître le privilége. Mais aussi longtemps que la créance affectée du privilége ne sera pas liquide et exigible, la compensation n'étant pas accomplie, une opposition pourra être formée qui assurera dans l'avenir l'effet du privilége. J. E. LABBÉ.

Digitized by Google

DE L'OBJET ET DE L'IMPORTANCE DU DROIT MARITIME[1].

Par MM. Lyon-Caen et Renault,
professeurs agrégés à la Faculté de droit de Paris.

1. Les lois qui régissent la marine marchande sont si nombreuses, elles ont un caractère si original qu'on a pu faire de l'ensemble de ces lois désigné sous le nom de *droit maritime* une branche spéciale de la législation. Des causes multiples ont fait que le législateur a dû s'occuper particulièrement de la marine marchande. Trois d'entre elles surtout méritent d'être signalées.

a) Les expéditions maritimes font courir à la fortune et même à la vie des hommes les dangers les plus graves. C'est une obligation pour le législateur d'intervenir afin d'imposer au nom de l'État les précautions nécessaires pour restreindre ces périls dans les plus étroites limites.

b) Il importe que la loi favorise le développement de la marine marchande, qui rend d'immenses services à toutes les industries nationales. Grâce à elle, nous obtenons les matières premières que notre sol ne produit pas; grâce à elle aussi, nos industries écoulent leurs produits sur les marchés les plus lointains. C'est ce qui explique que ce sont les pays dont la marine marchande occupe le premier rang qui ont le commerce et l'industrie les plus prospères.

c) Une autre cause plus spéciale, mais plus importante à connaître pour l'intelligence de beaucoup de nos lois maritimes, justifie que l'attention du législateur se soit fréquemment portée sur la marine marchande. Son développement importe à la défense même du pays; il y a entre la marine marchande et la marine militaire d'étroites relations. On peut presque dire que la décadence de la marine marchande risque de compromettre la marine de guerre. Les liens entre les deux marines existent au point de vue à la fois du matériel et du personnel.

Les besoins de la défense nationale exigent que le nombre des bâtiments de commerce soit très-grand. Cela était surtout vrai avant la célèbre déclaration annexée au traité de

[1] Cet article est extrait du *Précis de droit commercial* de MM. Lyon-Caen et Renault, qui paraîtra en 1877 chez MM. Cotillon et Cᵉ, libraires-éditeurs.

Digitized by Google

Paris de 1856; car, avant elle, le gouvernement pouvait autoriser des bâtiments de commerce à s'armer en guerre afin de s'emparer des navires et des marchandises de l'ennemi. Celui des belligérants qui avait une grande marine marchande pouvait ainsi venir à bout de ses ennemis en anéantissant leur commerce de mer [1]. Cette transformation des navires de commerce en navires de guerre n'est plus possible [2]. Nos vaisseaux de guerre seuls peuvent actuellement s'emparer de la propriété ennemie sur mer. Mais il y a encore grand intérêt pour un pays, en cas de guerre lointaine, à avoir de nombreux navires. Les vaisseaux de guerre ne suffisent pas en général pour opérer les transports des munitions et des vivres. Il faut, pour les faire, recourir à des bâtiments de commerce comme cela a été pratiqué durant la guerre de Crimée.

Le lien entre les deux marines est encore bien plus étroit au point de vue de leur personnel. Le mode de recrutement de l'armée de mer n'est pas, en principe [3], en France le même que celui de l'armée de terre. Les équipages de la flotte se recrutent principalement à l'aide de l'inscription maritime. En vertu de cette grande institution dont la création est due à Colbert, les marins du commerce sont inscrits sur des registres spéciaux et peuvent de vingt à cinquante ans être appelés au service sur les vaisseaux de l'État. Les marins du commerce forment donc pour la marine militaire une sorte de réserve. Les forces militaires dont la nation dispose sur mer sont ainsi d'autant plus grandes que le personnel de la marine marchande est plus nombreux [4].

2. Pour favoriser le développement de notre marine marchande, le législateur a eu recours à des moyens très-divers.

[1] C'est ce que la France a bien pu voir durant les guerres de la Révolution contre l'Angleterre.

[2] Cela n'est pas absolument vrai. Les États-Unis d'Amérique, l'Espagne, le Mexique n'ayant pas renoncé à ce droit en 1856, le gouvernement français pourrait, en cas de guerre avec l'un de ces pays, autoriser des navires de commerce à s'armer en guerre.

[3] Nous verrons plus loin que l'armée de mer se compose pour partie d'hommes qui lui sont fournis en vertu de la loi sur le recrutement (art. 37-3° loi du 27 juillet 1872).

[4] Dans le préambule d'un édit de 1666, Louis XIV constatait bien la haute importance de la marine marchande, en disant : *Le commerce de la mer est un des plus puissants moyens pour apporter l'abondance pendant la paix et rendre en guerre la force d'un État formidable.*

Digitized by Google

Le principal a consisté dans un régime particulier auquel pendant de longues années la marine marchande a été soumise. Ce système, inauguré par Colbert et développé soit sous la Convention nationale, soit sous la Restauration, a été abandonné définitivement dans ces dernières années. Il importe néanmoins de l'examiner parce qu'il a laissé quelques traces et que d'ailleurs bien des personnes attribuent à son abandon la décadence incontestée de la marine marchande française et en souhaitent le rétablissement.

Le régime appliqué à la marine marchande a constitué, depuis Colbert jusqu'à nos jours, une branche du *système protecteur*. Le système protecteur maritime se composait de prohibitions, de droits de douanes élevés ayant pour but d'assurer en France le développement soit de la marine marchande, soit de l'industrie des constructions navales. En quoi consistait exactement ce système? Par quelles raisons le justifiait-on? Comment a-t-il successivement disparu? Faut-il ou non regretter sa disparition? Telles sont les questions auxquelles nous devons répondre.

3. Pour établir le système protecteur maritime, on était parti de l'idée que, laissée à elle-même, notre marine serait écrasée par la concurrence étrangère. On avait cherché à lui procurer, par des moyens artificiels, ce qu'elle semblait ne pas avoir naturellement[1].

Pour qu'une marine marchande se développe dans un pays, disait-on, des conditions multiples sont nécessaires. Les deux principales sont assurément les suivantes :

a) Il faut que, dans le pays, l'industrie des constructions navales soit prospère; autrement la marine marchande est tributaire des pays étrangers dans lesquels les armateurs vont acheter leurs navires.

b) Il faut, en second lieu, qu'une marine ait à la fois un fret de sortie et un fret de retour[2].

La France manque de ces deux conditions essentielles à la prospérité de l'industrie maritime. Elle n'a pas en abon-

[1] On consultera avec fruit sur la critique du régime protecteur maritime la brochure de M. Leveillé intitulée : *Note marine marchande et son avenir*.

[2] Le fret est le prix payé pour le transport des marchandises par mer. On dit qu'une marine a un fret de sortie quand elle a des marchandises à transporter de son pays à l'étranger, et qu'elle a un fret de retour quand elle trouve des marchandises à importer.

Digitized by Google

dance les matières premières nécessaires aux constructions navales. On n'y trouve pas du fer comme en Angleterre, ni du bois comme aux États-Unis. Par suite, on ne construit pas en France à aussi bon marché que dans plusieurs pays étrangers. De ce fait on avait conclu que, si l'on voulait éviter la disparition de l'industrie des constructions navales en France, il fallait empêcher les Français d'aller acheter leurs navires à l'étranger. Aussi le décret du 21 septembre 1793, sur lequel nous insisterons plus loin (n° 7), avait décidé qu'un navire devait avoir été construit en France, pour avoir la nationalité française et jouir des avantages qui y étaient attachés. Des traités particuliers, conclus avec plusieurs nations, avaient cependant permis l'importation des navires construits chez elles; mais cela n'était possible que moyennant des droits élevés. A l'époque de la guerre de Crimée, les chantiers français ne pouvant subvenir à tous les besoins, l'importation des navires étrangers fut autorisée temporairement.

La seconde condition nécessaire au développement de la marine, l'existence d'un fret de sortie et d'un fret de retour abondants, fait aussi défaut à la France. Nous n'avons pas de fret de sortie en abondance, car le fret est proportionnel au poids et au volume des marchandises à transporter; la France n'exporte que peu de marchandises lourdes et encombrantes. Le manque de fret de sortie empêche nos navires de se procurer facilement un fret de retour; ils ne peuvent charger, pour le retour, qu'à des prix très-élevés; étant partis presque à vide, ils doivent par un seul voyage réaliser des bénéfices que les Anglais et les Américains font à la fois en allant et en revenant. On avait, par suite, pensé que, sans l'intervention du législateur, nos navires partant sur lest reviendraient presque toujours à vide.

4. Afin d'empêcher qu'il en fût ainsi, des avantages spéciaux avaient été faits aux navires français, des charges avaient été imposées aux navires étrangers :

1° La navigation dite *au cabotage*, entre ports français, a été réservée au pavillon français.

2° On lui avait aussi exclusivement réservé la navigation entre la métropole et les colonies ou *intercourse coloniale.*

3° On avait établi des taxes spéciales sur les navires étrangers entrant dans nos ports (*droits de tonnage*) et des droits

Digitized by Google

de douane supplémentaires sur les marchandises importées par eux (*surtaxes de pavillon*).

Chacune de ces parties du régime protecteur mérite d'être reprise en détail et séparément.

5. 1° La loi du 21 septembre 1793 a réservé la navigation au cabotage entre ports français au pavillon national (art. 3 et 4). Ce privilége subsiste encore. (Voir plus bas, n° 14, et la note 2.)

6. 2° Jusqu'en 1861, des règles spéciales ont régi les rapports de la métropole avec les colonies françaises. L'ensemble de ces règles formait ce qu'on appelait le *pacte colonial*[1].

Le *pacte colonial* comprenait quatre règles différentes :

a) Les colonies ne pouvaient s'approvisionner qu'en France.

b) Les produits coloniaux ne pouvaient être vendus qu'à la métropole.

c) L'*intercourse coloniale* n'était permise qu'aux navires français.

d) En retour des avantages faits au commerce et à la marine de la métropole, les colonies jouissaient de certains priviléges sur le marché français. Elles avaient, notamment, seules le droit d'importer des sucres en France.

7. 3° Colbert, voulant que la France eût une marine propre, que le commerce français ne fût pas toujours dans la nécessité de recourir à la marine anglaise ou hollandaise, avait établi des *droits de tonnage*[2] sur les navires étrangers. Mais jamais, sous l'ancienne monarchie, il n'y eut d'obstacle à l'entrée des navires étrangers dans nos ports. Il n'en a pas toujours été ainsi.

La Convention nationale a voté, le 21 septembre 1793, un décret demeuré célèbre sous le nom d'*acte de navigation*[3]. Ce décret établissait que les marchandises étrangères ne pouvaient être importées en France que par des navires français ou par des navires du pays d'origine de ces marchan-

[1] Ce nom provenait de ce qu'on supposait que ces règles avaient été établies par une convention. Ce n'était là qu'une fiction; en réalité, elles avaient été imposées aux colonies.

[2] Ces droits ont été ainsi appelés, parce qu'ils sont proportionnels à la capacité ou *tonnage* des navires. (Voir plus bas sur le tonnage.)

[3] Ce nom lui a été donné parce que, pour assurer le développement de notre marine, la Convention nationale recourut à des dispositions analogues à celles qui avaient été édictées sous Cromwell, en Angleterre, dans l'*acte de navigation de* 1650.

Digitized by Google

dises. Ainsi le *tiers pavillon* était exclu; on défendait aux navires étrangers ce qu'on appelle la *navigation indirecte.* On encourageait par là les relations entre la France et les pays lointains d'origine. Cette prohibition absolue des navires étrangers pour *la navigation indirecte* ne fut jamais appliquée. On n'y tint pas la main pendant les guerres de la Révolution et de l'Empire, pendant lesquelles nos ports furent presque toujours bloqués. L'insuffisance du matériel naval empêcha d'appliquer ces dispositions prohibitives sous la Restauration. A cette époque, les besoins du Trésor public, les réclamations des armateurs, se plaignant d'avoir à subir la concurrence des marines étrangères, firent établir *des surtaxes de pavillon*, à côté *des droits de tonnage.* Ces surtaxes étaient des suppléments de droits de douane sur les marchandises importées par navires étrangers. L'établissement de ces nouveaux droits produisit une lutte très-vive de tarifs, spécialement avec l'Angleterre et les États-Unis d'Amérique. Un traité de 1822, conclu avec ce dernier pays, fut suivi de vingt-six autres traités qui, au moins pour l'*intercourse directe*, stipulaient le principe de la réciprocité en supprimant, à l'égard des navires des États contractants, les droits de tonnage et les surtaxes de pavillon.

8. Le régime qui vient d'être exposé a presque complétement disparu. Le célèbre traité de commerce conclu avec l'Angleterre le 3 janvier 1860 ne touchait pas à la marine marchande; mais le gouvernement français ne devait pas tarder à lui appliquer aussi les principes du libre échange. Deux grandes lois de 1861 et de 1866 remplacèrent le système protecteur maritime par le *système de l'assimilation des pavillons.*

9. C'est le *pacte colonial* qui fut d'abord aboli. Ce pacte soulevait des réclamations très-vives et très-légitimes de la part des colonies. La métropole jouissant d'un vrai monopole pour les produits nécessaires à la consommation coloniale et pour la *navigation intercoloniale*, exigeait pour ces produits et pour le fret des prix exorbitants. Le pacte colonial n'aurait pu être maintenu sans une véritable injustice, car il avait été pour ainsi dire rompu d'un côté; il n'offrait plus aucun avantage pour les colonies. Le sucre étranger introduit en France et le sucre indigène y faisaient concurrence au sucre colonial.

Digitized by Google

La loi du 3 juillet 1861 supprima donc le pacte colonial pour la Guadeloupe, la Martinique et la Réunion, en déclarant que ces colonies pourraient vendre leurs produits où bon leur semblerait, acheter partout ce dont elles auraient besoin et que la navigation intercoloniale pourrait être faite par tous les pavillons [1]. Un décret du 9 juillet 1869 étendit cette grande réforme à toutes les colonies non comprises dans la loi de 1861.

10. La loi du 19 mai 1866 consacra dans le sens de la liberté du commerce maritime des innovations plus importantes encore que les précédentes. Elle supprima, à compter de 1867, les droits de tonnage sur les navires étrangers et, à partir de 1869, les surtaxes de pavillon. Soumettant ainsi les armateurs français à la concurrence des marines étrangères, on devait équitablement, pour leur permettre de soutenir la lutte avec quelque chance de succès, leur donner la faculté d'acheter leurs navires au meilleur marché possible. La loi de 1866 admit donc l'importation des navires de construction étrangère moyennant un droit faible, un droit de 2 francs par tonneau. Cela pouvait nuire aux constructeurs français; on dut aussi, pour ne pas leur rendre la lutte impossible avec les chantiers étrangers, admettre l'entrée en franchise des matériaux destinés à la construction des navires.

11. La suppression du pacte colonial a reçu une approbation générale. Il n'en a pas été de même de la loi de 1866. Les constructeurs français se plaignirent de la diminution du nombre de leurs constructions qu'ils attribuaient à la concurrence étrangère; les armateurs prétendirent que la suppression des droits de tonnage et des surtaxes de pavillon les obligeaient à abaisser leurs tarifs, qu'ainsi ils ne pouvaient plus obtenir de fret rémunérateur et étaient contraints de restreindre le nombre de leurs navires. Ce sont ces plaintes qui firent entreprendre en 1870 une grande enquête parlementaire sur la marine marchande. La guerre empêcha cette enquête d'aboutir; mais, en 1872, les besoins du Trésor

[1] La loi du 3 juillet 1861 établissait toutefois des surtaxes de pavillon sur les marchandises étrangères importées aux colonies par des navires étrangers (art. 3) et sur les produits coloniaux importés en France ou sur les produits français importés aux colonies par des navires étrangers (art. 6). Ces surtaxes ont disparu, en vertu de la loi de 1866 dont il sera parlé plus bas, qui a supprimé d'une façon générale ces droits de douane supplémentaires.

Digitized by Google

public et les idées économiques du gouvernement déterminèrent un retour au régime protecteur. La loi du 30 janvier 1872 rétablit, sinon les droits de tonnage, au moins les surtaxes de pavillon. Elle éleva les droits d'importation sur les navires de construction étrangère à un chiffre qui va parfois jusqu'à 60 francs par tonneau (art. 5) et supprima le bénéfice de l'entrée en franchise des matériaux destinés aux constructions navales.

12. Ce retour au régime protecteur ne fut pas de longue durée. Une loi du 28 juillet 1873 a supprimé de nouveau les surtaxes de pavillon. Cette prompte abrogation de la loi du 30 janvier 1872 s'explique par diverses raisons. Depuis le 25 mai 1873 il y avait eu un changement de gouvernement; en outre on avait constaté que le rétablissement des surtaxes de pavillon ne pouvait ni produire au profit du Trésor les résultats qu'on en attendait, ni protéger efficacement notre marine. Postérieurement à la loi de 1866, le gouvernement français avait conclu avec plusieurs nations des traités de commerce et de navigation qui reproduisaient les articles de la loi de 1866. A l'égard de ces nations envers lesquelles la France était liée, les surtaxes de pavillon ne pouvaient pas être rétablies. Aussi le gouvernement évaluait en 1872 à 6 millions les surtaxes qui pourraient être perçues et le budget de 1874 réduisait cette évaluation à 1,200,000 francs.

13. En supprimant de nouveau les surtaxes de pavillon, la loi du 28 juillet 1873 n'en revient pas complétement à l'état de choses inauguré par la loi du 19 mai 1866. Elle laisse subsister les droits d'importation élevés sur les navires étrangers de la loi du 30 janvier 1872 et ne rétablit pas l'entrée en franchise supprimée par cette dernière loi pour les matériaux destinés aux constructions navales.

Mais il importe d'observer que les droits modérés d'importation et le bénéfice de l'entrée en franchise résultant des dispositions de la loi du 19 mai 1866 n'ont pas cessé de subsister à l'égard d'un certain nombre de nations. Cela provient de ce que les règles édictées par la loi de 1866 ont été insérées dans les traités de commerce et de navigation. La loi de 1866 se trouve donc maintenue dans son intégralité au profit des puissances contractantes [1]. (Voir le traité avec

[1] Ce sont l'Angleterre, la Belgique, l'Allemagne, l'Italie, la Suède et la Norwége, les Pays-Bas.

Digitized by Google

l'Autriche du 11 décembre 1866 et le décret du 19 décembre 1866.)

14. Il résulte de tout cela qu'actuellement les navires étrangers qui entrent dans nos ports ne sont grevés d'aucune taxe ne frappant pas les navires français; que les marchandises importées par les premiers ne sont pas soumises à des droits de douane plus élevés que ceux qu'importent les seconds. On dit quelquefois par suite que nous vivons sous l'empire du principe de *l'assimilation des pavillons.* Toutefois l'assimilation n'est pas absolue, puisque la navigation au cabotage entre ports français[1] ainsi que la pêche côtière sont réservés à notre marine. Cela explique bien les expressions souvent employées surtout dans les tableaux statistiques : *navigation de concurrence* et *navigation réservée.* La navigation réservée ne comprenant plus actuellement que la navigation au cabotage entre ports français, toutes les autres navigations rentrent dans la navigation de concurrence.

Cette réserve pour le cabotage s'explique surtout par des raisons de police. En fait, elle n'a pas une bien grande importance; le cabotage entre les ports français est ruiné par les chemins de fer, dont les lignes relient ces ports.

15. Les grandes réformes que nous venons d'exposer, la substitution, par les lois de 1866 et de 1873, du système de l'assimilation des pavillons au régime protecteur, ont, comme nous l'avons déjà indiqué, suscité de nombreuses plaintes et donné lieu à de très-vives discussions. On a réclamé le retour au régime protecteur, et, dans ce but, on a invoqué à la fois des arguments rationnels et des faits postérieurs à la loi de 1866.

16. Les arguments rationnels ont été exposés plus haut (n° 3). On soutient que la cherté des matières premières en France, la rareté du fret de sortie et du fret de retour

[1] La réserve de la navigation au cabotage entre ports français n'existe pas en Algérie où les navires étrangers peuvent, avec une autorisation du gouverneur général, se livrer à cette sorte de navigation (art. 9 l. 19 mai 1866). — Pour la métropole, il existe une seule exception à la réserve du cabotage entre nos ports. Elle est consacrée au profit du pavillon espagnol par le traité du 15 août 1761, connu sous le nom de *Pacte de famille,* et remis en vigueur par le traité de Paris de 1814. A part cela, la navigation au cabotage entre ports français n'a été laissée à la libre concurrence que temporairement et dans des cas tout exceptionnels. Il en a été ainsi en vertu de la loi du 22 juillet 1871 à la suite de la guerre contre l'Allemagne.

Digitized by Google

amèneraient l'anéantissement presque complet de notre marine, au profit de la marine étrangère, si le pavillon français ne se trouvait protégé par nos lois, à l'aide de taxes spéciales.

Les faits, dit-on, militent en faveur de cette doctrine. Depuis l'introduction en France du système de l'assimilation des pavillons, le nombre de nos navires construits dans les chantiers français diminue sensiblement; la part de la marine française, comparée à celle des marines étrangères dans la navigation de concurrence, subit actuellement une nouvelle décroissance; enfin, le matériel de notre marine est loin de croître dans les mêmes proportions que celui des grandes nations maritimes; à ce point de vue, la France est tombée du troisième au sixième rang[1].

17. Les faits ainsi invoqués constituent assurément l'argument le plus fort des adversaires des lois de 1866 et de 1873. Ils sont incontestables en eux-mêmes; nous ne les croyons toutefois pas décisifs contre le système de l'assimilation des pavillons. Quelque bon que soit un système nouveau, quand il remplace brusquement un système ancien, il peut causer les préjudices les plus graves aux intérêts que celui-ci avait pour but de protéger, si le législateur ne prend pas des mesures de prudence pour ménager la transition, s'il n'a pas soin d'apporter à la législation les modifications exigées par le nouvel état de choses. C'est ce qui paraît être arrivé pour la loi de 1866. Le législateur a brusquement livré la marine française à la concurrence illimitée des pavillons étrangers, sans introduire dans nos lois les améliorations nécessaires pour lui permettre de soutenir la lutte avec quel-

[1] En 1869, il y a eu, en France, 986 navires de 61,069 tonneaux construits dans nos chantiers, 35 de 15,021 tonneaux ont été importés de l'étranger. En 1871, le chiffre des constructions navales en France est tombé à 597 jaugeant 28,068 tonneaux; les navires de construction étrangère importés ont été au nombre de 107, et leur tonnage ayant été de 30,473 tonneaux a été plus fort que celui des navires de construction française.

En 1868, la part de notre pavillon était dans la navigation de concurrence de 33 p. 100; en 1872, elle n'était plus que de 28 p. 100.

Avec tout cela il n'est pas étonnant que la France soit très en retard pour la transformation des navires à voiles en navires à vapeur. En 1869 il y avait, en Grande-Bretagne, 1 navire à vapeur pour 22 voiliers, en 1872 1 pour 8. En France, il n'y en avait que 1 sur 35 en 1869, et l'on ne constate depuis aucune amélioration sensible dans cette proportion. L'Allemagne a déjà 1 navire à vapeur sur 23 bâtiments.

Digitized by Google

que espoir de succès. Cela a été parfaitement reconnu en 1873. La loi, qui a de nouveau supprimé les surtaxes de pavillon, a décidé qu'un commission extraparlementaire serait nommée pour chercher les moyens de venir en aide à la marine marchande[1].

18. En laissant de côté les faits malheureusement trop vrais qui se sont produits depuis la loi de 1866, doit-on réellement regretter le système protecteur maritime au point de vue des intérêts du pays? Cette question est complexe. Pour la bien résoudre, il faut distinguer deux points de vue, parce qu'il y a en réalité deux intérêts principaux en cause. Il faut se demander d'abord si le système protecteur a pu profiter à nos industries nationales en général, puis s'il a servi notre marine marchande.

Sur la première question, le doute n'est pas possible. Les surtaxes de pavillon et les droits de tonnage n'ont pu que nuire à nos industries. Celles-ci jouent, à l'égard de la marine marchande, le rôle de consommateur; ce sont les différentes industries qui consomment les matières premières que la marine apporte des pays les plus éloignés. Elles ont le plus grand intérêt à obtenir ces matières au meilleur marché possible. Le système protecteur avait nécessairement pour conséquence l'élévation du prix des transports par mer. Les armateurs français, protégés par les surtaxes et les droits de tonnage, exigeaient un fret plus élevé que s'ils avaient eu à craindre la concurrence étrangère. Nos industries payant plus cher les matières premières, revendaient les produits manufacturés à plus haut prix. Par suite, ceux-ci se plaçaient moins facilement sur les marchés étrangers. Ainsi le système protecteur nuisait aux différentes branches de l'industrie nationale et au public en général. Avait-il, du moins, favorisé le développement de la marine marchande?

Les plus ardents adversaires du protectionnisme maritime doivent reconnaître que le système protecteur peut servir à défendre utilement une marine naissante contre la concurrence étrangère. C'est assurément au système protecteur établi par Colbert que la marine française a dû le développement énorme qu'elle a pris sous Louis XIV,

[1] Les délibérations de cette commission ont été publiées en 1874 à l'imprimerie nationale.

Digitized by Google

comme la marine anglaise a pris le sien grâce surtout à l'acte de navigation de Cromwell. Mais quand une marine marchande a acquis l'importance de la nôtre, le système protecteur peut avoir pour résultat de l'arrêter dans son essor. Loin de procurer à notre marine le fret de retour et le fret de sortie qui lui manquaient, les droits de tonnage et les surtaxes ont pu finir par compromettre à la fois l'un et l'autre.

Ils ont compremis le fret de sortie. Ce fret, dans un pays comme la France, qui n'a pas naturellement des produits lourds et encombrants à exporter, ne peut augmenter que par suite du développement des manufactures nationales et de l'accroissement même du nombre des ventes qu'elles font au delà des mers. Le système protecteur a mis à la longue obstacle à la prospérité de nos manufactures et entravé l'extension de leurs relations avec les pays étrangers. Les droits de tonnage et les surtaxes de pavillon ayant, comme cela a été expliqué précédemment, pour effet de surélever artificiellement les prix des transports par mer, les manufacturiers français payaient les matières premières plus cher que les manufacturiers anglais par exemple. Ils vendaient par suite leurs produits plus cher. Ainsi, sur le marché international, les produits des manufactures étrangères, à raison même de leur prix inférieur, étaient préférés aux produits des manufactures de France. Notre fret de sortie était restreint.

Le fret de retour lui-même a dû subir les effets fâcheux du système protecteur. Les prix de transport pour les ports français étant artificiellement élevés, les industriels ou les agriculteurs étrangers qui voulaient faire traverser les mers à leurs produits, pour les placer sur un marché étranger, préféraient, afin de ne pas devoir un fret excessif, les expédier sur un marché autre que le marché français. De cette façon, les producteurs étrangers s'habituaient à déserter la route de France, le fret de retour était compromis.

19. S'il n'y a plus aujourd'hui en France de surtaxes frappant spécialement les navires étrangers ou les marchandises importées par eux, nos lois ont du moins laissé subsister des surtaxes qui frappent les marchandises, quelle que soit la nationalité du navire qui les importe, à raison du lieu d'où elles proviennent. Ce sont les *surtaxes d'entrepôt*, dont l'ori-

Digitized by Google

gine remonte au ministère de Colbert. Un édit de 1669, dans le but de favoriser les relations directes entre nos ports et les marchés du Levant, avait créé un droit de 20 pour 100 sur les marchandises provenant de Gènes. En 1814 et en 1816, ces taxes furent généralisées et appliquées aux marchandises venant de tous les entrepôts européens[1]. Les surtaxes d'entrepôt subsistent au milieu de toutes les innovations qu'a subies la législation douanière maritime, parce qu'elles ont l'avantage de favoriser les relations de nos navires avec les pays lointains[2].

20. Il y a en outre des droits de tonnage spéciaux s'appliquant à tous les navires, quel que soit leur pavillon. Ainsi, la loi du 30 janvier 1872[3] (art. 6) a établi des droits de tonnage pour frais de quai[4]. En outre, le gouvernement autorise parfois la perception de droits de tonnage dans certains ports, afin d'assurer le remboursement des frais de réparation de ces ports.

21. Les matières comprises dans le droit maritime sont à la fois si diverses et si nombreuses qu'on a pu faire du droit maritime une division qu'en général on n'applique qu'au droit considéré dans son ensemble. On distingue le *droit maritime international, le droit maritime public et administratif, le droit maritime privé.*

Le premier comprend les règles concernant les rapports sur mer des nations entre elles. C'est dans le droit maritime international que sont comprises les règles sur la liberté des mers, sur les prises, sur les blocus, etc., etc.

Le droit maritime publie et administratif est l'ensemble des règles sur les rapports de la marine marchande avec l'État et les diverses administrations publiques. Il comprend les règles concernant la police de la navigation, celles relatives au régime particulier auquel sont soumis les gens de mer (inscription maritime, caisse des invalides de la marine, etc., etc).

Enfin le droit maritime privé comprend toutes les règles concernant les relations que les expéditions maritimes créent

[1] Les surtaxes d'entrepôt abaissées en 1860 ont été relevées en 1872.

[2] Ce sont les *pays d'origine* par opposition aux entrepôts.

[3] C'est celle-là même qui a rétabli les surtaxes de pavillon.

[4] 50 centimes pour les provenances des pays hors d'Europe et du bassin de la Méditerranée, 1 franc pour les arrivages de tous autres pays.

Digitized by Google

entre les particuliers. De ce nombre sont tous les principes régissant les contrats maritimes (affrétement, assurances maritimes, prêt à la grosse, etc.., etc.).

22. Dans notre ancienne France, avant le XVIIe siècle, les règles du droit maritime se puisaient principalement dans les usages. Ceux-ci avaient été en grande partie réunis dans trois recueils principaux [1].

C'était d'abord pour l'Occident (ou Ponant) le recueil appelé *jugements ou rôles d'Oléron* dont la rédaction paraît remonter à la fin du XIe ou au commencement du XIIe siècle.

Les usages en vigueur dans la Méditerranée avaient été réunis dans un autre recueil connu sous le nom de *Consulat de la mer*. Il remonte à la seconde moitié du XIVe siècle ou à la première du XVe. On ne sait pas exactemeut s'il fut composé à Barcelone ou à Marseille.

Enfin, dans les dernières années du XVe siècle, le *Guidon de la mer* fut composé à Rouen.

23. Le droit maritime se trouvait ainsi épars dans plusieurs recueils diversement modifiés eux-mêmes par de nouveaux usages. C'est pour mettre un terme à cette sorte de chaos, *pour donner au commerce de mer un droit certain*, que fut faite sur l'initiative de Colbert la grande ordonnance de 1681. Cette ordonnance, grâce à la sagesse de ses dispositions et au renom que lui donnèrent ses illustres commentateurs [2], est devenue le modèle de toutes les législations maritimes. Elle a été en grande partie copiée par les rédacteurs du Code de commerce dans le livre II, et cette partie du Code de commerce n'a été que fort peu modifiée depuis 1807.

24. L'objet du livre II et celui de l'ordonnance ne sont pas toutefois absolument identiques. L'ordonnance s'est occupée des trois grandes branches du droit maritime. Le

[1] Nous ne donnons ici que des indications sommaires sur l'histoire des sources du droit maritime. De plus amples détails se trouvent dans l'introduction historique au droit commercial placée en tête du volume.

[2] Ce sont principalement Valin, Émerigon et Pothier.

Valin, qui fut avocat et procureur du roi à l'amirauté de la Rochelle, a publié, en 1760, un commentaire complet de l'ordonnance de 1681 sous le titre de : *Nouveau commentaire sur l'ordonnance de la marine du mois d'août* 1681.

Emérigon, conseiller à l'Amirauté de Marseille, a composé un *Traité des assurances et des contrats à la grosse*.

Enfin *Pothier* a écrit un traité des assurances et un traité de l'affrétement.

Digitized by Google

livre II du Code de commerce est consacré au droit maritime privé, et aujourd'hui cette partie du droit maritime est seule codifiée en France. Aussi sur un grand nombre de points l'ordonnance de 1681 et beaucoup de dispositions législatives complémentaires datant principalement de l'ancienne monarchie sont encore en vigueur. Cet état de choses est une source de confusion et d'embarras pour le droit maritime public et administratif. Il est parfois très-difficile de savoir en ces matières au juste quels textes sont restés en vigueur. Le gouvernement a pris depuis une vingtaine d'années deux mesures assez importantes ayant pour but de remédier au mal.

25. Les décisions de nos anciens rois (ordonnances, déclarations, édits, etc...) n'avaient force de loi qu'autant qu'elles avaient été enregistrées dans les Parlements. Lorsqu'on invoque un acte législatif de l'ancienne monarchie, on peut donc à la rigueur être obligé de prouver son enregistrement. Cela donne lieu à des recherches parfois compliquées et très-difficiles. Pour les éviter en matière de droit maritime, un décret du 4-22 mars 1852 a décidé que la production par le ministre de la marine d'une copie authentique dispenserait dorénavant de la preuve de l'enregistrement.

26. En 1866, le ministre de la marine[1] a fait composer un recueil comprenant sous une seule série d'articles les dispositions concernant la police de la navigation et l'inscription maritime. Ce recueil est intitulé *Règlement sur l'administration des quartiers, sous-quartiers et syndicats maritimes, l'inscription maritime, le recrutement de la flotte, la police de la navigation, les pêches maritimes.* Les articles qui composent ce règlement sont tous empruntés à des lois, à des décrets et à des actes législatifs antérieurs à 1789. Enfin le *Décret-loi disciplinaire et pénal sur la marine marchande* du 24 mars 1852 a organisé les juridictions chargées de connaître des délits maritimes et déterminé les peines à leur appliquer.

27. De même qu'on était parvenu sous l'ancienne monarchie à réunir dans la seule ordonnance de 1681 toutes les règles du droit maritime, on avait aussi concentré dans une seule administration tout ce qui concernait la marine. A la tête de la marine était un grand dignitaire appelé grand

[1] M. de Chasseloup-Laubat.

Digitized by Google

amiral. Il s'occupait des affaires maritimes à la fois au point de vue politique, militaire, judiciaire et administratif. Sous le rapport judiciaire, il rendait la justice par l'organe de tribunaux dont il nommait les membres sauf ratification du roi. Ces tribunaux, appelés *amirautés*, connaissaient de tous les procès civils et criminels se rattachant à la navigation maritime. Ils avaient en même temps un certain rôle administratif, ils s'occupaient de la surveillance des ports, des formalités relatives à la transmission de la propriété des bâtiments de mer et en général de toutes les personnes et de toutes les choses concernant la navigation sur mer.

28. La grande loi d'organisation judiciaire des 16-24 août 1790 retira aux amirautés la connaissance des contestations de droit maritime privé pour l'attribuer aux tribunaux de commerce. Les amirautés, réduites à des fonctions administratives, furent supprimées complétement avec la dignité de grand amiral par les décrets des 22 avril, 1-15 mai 1791 et des 9-13 août 1791.

29. On est actuellement en France bien loin de la concentration des affaires de la navigation maritime qui existait sous l'ancienne monarchie. On a pu dire très-exactement qu'il y a des lambeaux de l'amirauté dans presque tous les ministères [1]. Tout ce qui concerne le personnel de la marine marchande ressortit au ministère de la marine. La construction et l'entretien des ports sont dans le ressort du ministère des travaux publics. L'administration des douanes qui relève du ministère des finances est chargée de l'accomplissement des formalités relatives aux mutations de propriété des bâtiments de mer (transcription en douane) et à la publicité des hypothèques maritimes. Les tribunaux de commerce jugent les affaires de droit maritime privé. Les tribunaux commerciaux maritimes qui ressortissent au ministère de la marine, sont chargés du jugement des délits et des contraventions se rattachant à la marine marchande.

CH. LYON-CAEN et L. RENAULT.

[1] Beaussant, *Code maritime ou lois de la marine marchande administratives, de commerce, civiles et pénales*, réunies, coordonnées et expliquées (1840).

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

TRAITÉ DES CONTRATS ET DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL,

Par M. Demolombe.

(Tome sixième.)

Compte rendu par M. E. Bonnier, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Notre savant collègue, M. Demolombe, poursuit avec une infatigable persévérance son grand travail sur le Code civil, dont il vient de publier le vingt-neuvième volume. Ce volume est consacré à des sujets aussi intéressants en théorie qu'en pratique : l'action en nullité ou en rescision des conventions et la preuve littérale.

L'auteur a traité, avec sa sagacité habituelle, les questions délicates que soulèvent le point de départ et la durée des actions en rescision. Les solutions qu'il admet dans cette partie de son œuvre, notamment lorsqu'il nous montre toujours en vigueur la fameuse maxime : *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, nous semblent aussi conformes à la raison qu'à la saine interprétation des textes.

Mais nous croyons devoir appeler l'attention du lecteur sur la partie de ce volume qui nous a présenté un intérêt tout particulier, parce qu'elle touche à une branche du droit qui a été pour nous, depuis longtemps, l'objet d'études suivies : la théorie des preuves. On sait que les rédacteurs du Code, ayant sous les yeux le traité *des Obligations*, de Pothier, ont rattaché les preuves à la matière des obligations, mais qu'incontestablement les dispositions de nos lois sur la preuve régissent les droits réels aussi bien que les créances. M. Demolombe est parfaitement d'accord avec nous sur les principes généraux qui dominent cette partie du droit, et sur la plupart des questions que soulèvent les articles de notre Code sur la preuve littérale. Le seul point notable sur lequel il nous est impossible d'admettre ces conclusions, c'est la doctrine, autrefois fort en vogue, et que nous avions nous-même admise dans la première édition de notre *Traité des preuves*, doctrine suivant laquelle l'écrit privé constatant des conventions synallagmatiques, au cas où il

Digitized by Google

n'est pas fait double, ne peut pas même servir de commencement de preuve par écrit. Nous n'avons pas besoin de recourir ici à la précaution oratoire : *si Pergama dextra...* M. Demolombe sait assez que la controverse est l'âme du droit, et si nous n'avons pas été convaincu par sa sérieuse argumentation, que nous allons reproduire, ce n'est pas faute de l'avoir consciencieusement étudiée.

On sait que la doctrine des doubles a été introduite au dernier siècle par la jurisprudence du Châtelet, puis du parlement de Paris. Vivement critiquée par Merlin et par Toullier, cette doctrine est, au contraire, défendue par M. Demolombe, comme tendant à établir une égalité de position entre les contractants. La seule concession qu'il fasse, qui, à vrai dire, n'en est pas une, c'est que la convention constatée par un écrit non fait double, ou, ce qui revient au même, ne portant point la mention *fait double*, n'est plus frappée, comme autrefois, d'une nullité absolue, puisque le vice de l'acte se trouve purgé par l'exécution volontaire, suivant la décision formelle du Code. Sauf cette dérogation à l'ancien droit, ce ne serait pas seulement l'acte, *instrumentum*, qui serait frappé de nullité, ce serait la convention même qu'atteindraient les termes de l'article 1325 :

« Les *actes* sous seing privé, qui contiennent des conven-
« tions synallagmatiques, ne sont valables... »

Le texte de la loi se trouverait expliqué par ces expressions de Bigot de Préameneu dans l'exposé des motifs :

« L'engagement doit être considéré comme s'il n'était pas
« réciproque, et dès lors il est nul. »

Et de Joubert, dans son rapport au Tribunat :

« Il ne peut y avoir de contrat synallagmatique que lors-
« que les parties sont également liées. »

Poursuivant les conséquences logiques de cette doctrine, notre honorable collègue ne se borne pas à refuser à l'écrit, non fait double, le caractère de commencement de preuve par écrit ; il va jusqu'à soutenir que, le législateur ayant voulu établir une parfaite égalité de position entre les parties, ce but ne sera point atteint si l'on sépare le sort de la convention de celui de l'acte, qui était destiné à en constater l'existence, et si l'on admet l'une des parties à prouver, de quelque manière que ce soit, la validité de la convention. D'où la conséquence que le porteur de l'acte non fait double,

Digitized by Google

plus maltraité que s'il n'avait aucune espèce de titre en sa faveur, n'aurait pas même la ressource subsidiaire de provoquer l'interrogatoire ou de déférer le serment.

Nous allons maintenant reprendre successivement, en essayant de les réfuter, les arguments produits par M. Demolombe à l'appui de sa thèse.

Il invoque d'abord, comme un texte formel, cette disposition de l'article 1352 :

« Nulle preuve n'est admise contre les présomptions de la « loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, *elle* « *annule certains actes*, ou dénie l'action en justice, à moins « qu'elle n'ait réservé la preuve contraire, et sauf ce qui « sera dit sur le serment et l'aveu judiciaire. »

Or, l'article 1325 annule l'acte sous seing privé, non fait double, lorsque cet acte contient une convention synallagmatique, et n'admet la preuve contraire qu'au cas d'exécution de la convention. Donc, dans toute autre hypothèse, l'acte doit être considéré comme nul.

Mais il est tout à fait inexact, comme le fait observer M. Pont (*Revue critique de législation*, t. XXV, p. 481 et suiv.), de voir une présomption légale à laquelle s'appliquerait l'article 1352, dans les cas où le Code refuse effet à un acte pour un simple défaut de forme. Ainsi, dans l'article 1326, lorsqu'on présume une fraude faute du *bon* ou *approuvé* dans l'écrit constatant un engagement unilatéral, cette présomption admet parfaitement la preuve contraire, ainsi que cela est reconnu généralement, et par M. Demolombe lui-même, qui ne refuse point cette fois de voir dans l'acte irrégulier un commencement de preuve par écrit. Ici également on présume bien que les parties n'ont entendu traiter qu'autant que chacun serait muni d'un original de l'acte, mais c'est là une présomption de volonté, qui admet parfaitement la preuve contraire. Le passage même du *Traité des Obligations*, de Pothier (n° 11), que M. Demolombe invoque en faveur de son interprétation de la doctrine des doubles, se retourne contre lui. Car Pothier, en supposant une vente subordonnnée pour sa perfection à la confection régulière d'un écrit, admet que les parties ont eu l'*intention* que le contrat ne serait conclu qu'à cette condition. Or, les juges ont toujours un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si telle a été en effet l'intention des parties. Il n'y a là aucune

Digitized by Google

présomption absolue, et c'est précisément ainsi que nous entendons la doctrine des doubles[1].

Observons, d'ailleurs, que, l'article 1352 fût-il applicable, on ne saurait en faire découler la solution rigoureuse de M. Demolombe, qui va jusqu'à repousser l'aveu et le serment. Et, en effet, l'article 1352 fait pour l'aveu et le serment une réserve, dans laquelle une interprétation fort raisonnable voit l'admission de ces modes de preuve, toutes les fois que l'ordre public n'est point en jeu, et il est par trop clair que la forme des actes sous seing privé n'intéresse en rien l'ordre public.

Pour en revenir au texte de l'article 1325, ce texte n'annule que l'acte et non la convention. On a pu confondre, autrefois, la convention avec l'acte qui en fait preuve, et c'est là une erreur fréquente chez les praticiens. Il est bien vrai qu'on retrouve des traces de cette erreur dans l'exposé des motifs et dans le rapport au Tribunat; mais ce n'est point là une raison suffisante pour faire revivre une doctrine déraisonnable, qui ne trouve point d'appui dans le texte. C'est le cas de dire avec Bacon : *Dimensio et latitudo legis ex corpore legis sumenda, nam præambulum sæpe aut ultra aut citra cadit.* D'ailleurs, la nullité radicale de la convention n'est plus soutenable, depuis que le Code a donné force à la convention volontairement exécutée nonobstant le vice de l'acte.

Le système que nous combattons tend, après tout, à confondre un contrat consensuel constaté par écrit avec un contrat solennel, comme la constitution d'hypothèque. Dans un contrat consensuel constaté par écrit, on suppose le consentement subordonné à la rédaction de l'acte, mais le contraire peut parfaitement résulter des circonstances de la cause; tandis que, dans un contrat solennel, le consentement le plus formel serait inefficace à défaut d'un acte en bonne forme. Cette distinction est établie de la manière la plus nette dans un arrêt de la Cour de Caen, du 13 juin 1842 (Dupré, *Jurisprudence de la Cour de Caen*, t. VI, p. 421), dont M. Demolombe s'efforce vainement de repousser l'autorité,

[1] Lorsqu'il ne s'agit que d'une présomption d'intention, la loi eût-elle une forme prohibitive, comme l'article 1895, qui déclare qu'*on ne peut pas* donner des animaux à titre de prêt de consommation, on est d'accord pour reconnaître que le juge peut toujours rechercher quelle a été la pensée des contractants.

Digitized by Google

en le présentant comme fondé sur des circonstances particulières :

« Considérant que, par cela même que les parties prennent « le soin de rédiger leur convention par écrit, on *présume* « *naturellement* qu'elles ont entendu en faire dépendre la « validité de celle de l'acte par lequel elles l'ont constatée; « mais que, lorsqu'il est d'ailleurs légalement établi que la « convention arrêtée était, dans leur intention, tout à fait « indépendante de l'acte, l'exécution doit alors en être or- « donnée, nonobstant la nullité de cet acte. »

L'acte non fait double, dit-on, n'est pas un projet, mais bien une convention conditionnelle. Oui, sans doute, si les parties ont entendu subordonner leur consentement à la perfection de l'acte. Mais si c'est là une présomption *naturelle*, comme le dit fort bien la Cour de Caen, ce n'est nullement une présomption *juris et de jure*.

Que devient, ajoute-t-on, l'égalité de position entre les parties, qu'a voulu établir l'article 1325, si le porteur de l'acte irrégulier est admis à faire preuve de l'existence de la convention? Par cela seul qu'il présente un écrit revêtu de la signature des deux parties, n'obtiendra-t-il pas forcément gain de cause? Ce n'est pas un commencement de preuve qu'il produit, mais bien une preuve complète.

Il est facile de répondre à cette objection que l'absence de la mention *fait double* équivaut, dans la pensée du législateur, à l'absence de la signature de l'un des contractants. Dès lors, la preuve résultant de l'acte est imparfaite, et la partie à qui on l'oppose peut toujours répondre qu'elle a entendu subordonner son consentement à la perfection de l'acte; seulement le juge peut, en connaissance de cause, décider le contraire, mais en corroborant par d'autres preuves l'acte non fait double, qui n'est, en définitive, qu'un simple document.

On doit avouer qu'il est singulier d'exagérer ainsi la force d'un acte pour le rejeter complétement, en définitive, sous prétexte qu'il prouve trop. De ce qu'un acte est nul à un certain point de vue, on ne saurait conclure qu'il est nécessairement dénué de tout effet. Ainsi, un acte authentique nul en la forme peut, aux termes de l'article 1318 du Code, valoir comme acte sous seing privé, s'il est signé des parties. Pourquoi ne pas admettre également que l'acte sous seing privé,

Digitized by Google

nul pour inobservation des formes spéciales prescrites par l'article 1325, n'en constitue pas moins, suivant les conditions voulues par l'article 1347, un acte par écrit émané de celui contre lequel la demande est formée, et qui rend vraisemblable le fait allégué? C'est à cet argument que s'est attachée la Cour de cassation, le 28 novembre 1864 (Devillen., 1865, I, 5), pour autoriser, dans l'espèce, l'administration de la preuve testimoniale. Et, comme le dit fort bien M. Pont, un des auteurs de l'arrêt, comment refuser à un écrit régulier, parce qu'il est trop régulier, le crédit que l'on accorderait à la note la plus inorme?

Enfin, où notre honorable collègue se trouve entraîné par la logique de son système, qui va jusqu'à annuler la convention, aux conséquences les plus étranges en pratique, c'est lorsqu'il soutient, pour maintenir l'égalité de position entre les parties, que le porteur de l'écrit non fait double, n'a pas même la ressource extrême, admise par les rédacteurs du Code (art. 1358) *en toute espèce de contestation*, de déférer le serment ou de provoquer l'interrogatoire, Si, au lieu de cet acte, le demandeur présentait un simple brouillon de la main de son adversaire, il serait évidemment recevable à prouver la convention par tous les moyens possibles. Et cependant il n'y aurait pas davantage égalité de position entre son adversaire et lui. Parce que ce brouillon a été mis au net, voilà celui qui l'invoque privé du droit, non-seulement d'administrer la preuve testimoniale, mais même de faire appel à la conscience de son adversaire! C'est bien là faire de la logique à outrance. Il y a, d'ailleurs, un moyen facile pour le porteur de l'acte de recouvrer le droit d'invoquer l'aveu ou le serment : c'est de déchirer l'acte dont on veut faire pour lui un obstacle au lieu d'un adminicule. De plus, n'est-il pas étrange d'intervertir les rôles, sous prétexte de rétablir l'égalité et d'autoriser, s'il y avait intérêt, à faire preuve de la convention, celui-là seul qui ne pourrait produire aucun document à l'appui de ses prétentions?

En définitive, la doctrine des doubles, abandonnée par le Code civil italien, est un legs de notre ancienne jurisprudence, dont la valeur est fort contestable. Elle se rattache évidemment à l'ancien système des preuves légales, qui tend à substituer à la libre appréciation du juge, des procédés en quelque sorte mathématiques, suivant la définition que Bacon

Digitized by Google

donne du légiste : *Non judicio sincero utitur, at tanquam ex vinculis sermocinatur*. La tendance de la jurisprudence moderne est, au contraire, de statuer, non plus d'après des règles inflexibles prises *à priori*, mais en connaissance de cause. Elle a été ainsi conduite a atténuer la portée de l'article 1325, au lieu de l'élargir, comme le fait notre savant collègue.

C'est là une des rares solutions sur lesquelles nous nous trouvons en dissidence avec lui; mais nous ne désespérons pas de voir un esprit aussi judicieux et aussi pratique revenir sur une doctrine trop empreinte des traditions de l'ancien droit, et reconnaître au juge la faculté d'appréciation qu'il ne lui conteste point quant à la l'application d'une disposition tout à fait analogue, celle de l'article 1326. Et, certes, la prescription du *bon* ou *approuvé* s'appuie sur des raisons bien plus solides que la doctrine des doubles.

E. BONNIER.

CODE-MANUEL DU JURÉ D'ASSISES [1].

Par M. Constant FENET, ancien sous-préfet, avocat à la Cour de Paris.

Compte rendu par M. Félix BERRIAT SAINT-PRIX, docteur en droit.

Plusieurs monographies ont été publiées pour l'éducation du jury. La plupart dogmatisent ; M. Constant Fenet, dans son *Code-Manuel*, met simplement sous les yeux des jurés les textes légaux dont ils ont besoin. C'est, à mon sens, le système le plus rationnel : la loi est la source des obligations *civiles;* elle est une base indiscutable de raisonnement. La loi pénale même est utile à connaître pour ceux qui la jugent vieillie et veulent paralyser son exécution, au moyen de l'omnipotence dont le jury jouit en fait, sinon d'après la teneur de l'article 342 (C. inst. crim.). Mais il n'était pas besoin de transcrire *in extenso* le livre III du Code pénal (p. 127 à 212); ma table synoptique des délits et des peines, où deux mots saillants mis en regard résument l'incrimination et le

[1] Un vol. in-18 de 318 pages et d'un tableau des questions et réponses. A. Cotillon et Cᵉ.

Digitized by Google

châtiment, instruit mieux peut-être par un simple coup d'œil (*oculata fide,* Instit.). — Il suffisait également de donner des extraits des discussions législatives. L'opinion de Napoléon mérite d'être constatée : « Un gouvernement tyrannique », — il n'aimait pas la tyrannie, — « aurait beaucoup plus d'avantages avec des jurés qu'avec des juges »... (P. 261.) « Cependant Sa Majesté admet le jury, s'il est *possible* de parvenir à le BIEN composer. » (P. 262.) Notons encore que Portalis, Bigot-Préameneu, Siméon, repoussaient le jury. Mais, en reproduisant presque tous les procès-verbaux du premier Empire, M. Fenet a trop sacrifié les délibérations ultérieures. C'est de 1848 que date, pour les jurés, la nécessité de savoir lire et écrire; la loi de 1836, sous Louis-Philippe, supposait qu'un juré peut *faire écrire* son vote par un autre (p. 107).

Des arrêts de cassation, en note, éclaircissent certains chapitres, surtout celui de l'examen en Cour d'assises. Un logicien strict désirerait qu'ils fussent présentés sous une forme moins législative; trop de personnes confondent les jugements et les lois. — L'auteur effacera dans sa seconde édition quelques négligences : « Montesquieu, *juriste...;* Duport, un des *auteurs* du jury...; le jury définit un *jugement...* »

J'incline à penser, comme M. Fenet, que les bulletins *illisibles* comptent pour l'admission des circonstances atténuantes, en dépit de l'article 347 (C. inst. crim.); mais l'opinion contraire est-elle une erreur dangereuse (p. 108), très-grave (p. 109), funeste (p. 310)...? J'ose espérer que les maires, juges de paix, conseillers généraux, présidents, n'inscriront point sur leurs listes des jurés capables d'écrire *illisiblement* la syllabe OUI ! — Je regrette fort, avec l'auteur (p. 57), que la loi de 1872 n'ait pas osé frapper de *nullité* les verdicts affirmatifs auxquels concourrait un homme *ne sachant pas lire* et écrire en français : il en est encore, en France, à la fin du XIXe siècle.

FÉLIX BERRIAT SAINT-PRIX.

Digitized by Google

LES ÉTABLISSEMENTS PÉNITENTIAIRES EN FRANCE ET AUX COLONIES.

Par M. le vicomte D'HAUSSONVILLE, député.

Compte rendu par M. VILLEY, agrégé à la Faculté de droit de Caen.

La question pénitentiaire a, depuis un demi-siècle, préoccupé les plus nobles esprits : MM. de Beaumont et de Tocqueville, Bérenger, Demetz, Faucher, Charles Lucas ont brillamment travaillé à la résoudre. Le nom de M. le vicomte d'Haussonville va s'ajouter à ces illustres noms. Membre et rapporteur de cette grande commission d'enquête sur les établissements pénitentiaires, « qui a consacré trois années à l'accomplissement de son travail, et qui a déployé dans cette tâche une activité et une intelligence dignes de tous éloges[1] ». M. d'Haussonville était admirablement placé pour rassembler en France et à l'étranger, au dehors comme au dedans des prisons, tous les éléments du problème, et le traiter en connaissance de cause. « Les résultats de cette immense enquête ont été réunis, condensés dans un magnifique rapport de M. d'Haussonville, véritable traité théorique et pratique du système tout entier. » Le rapport qu'appréciait ainsi dans un remarquable discours de rentrée un magistrat éminent de la Cour de Caen[2], n'est autre que le livre que nous analysons.

Après avoir, dans des aperçus très-ingénieux, cherché à expliquer les causes multiples de la progression de la criminalité, l'auteur a successivement étudié tous nos établissements pénitentiaires : prisons départementales, maisons centrales, établissements d'éducation correctionnelle, établissements consacrés à la transportation et à la déportation, sous toutes leurs faces ; il a développé avec une scrupuleuse exactitude de détails le régime hygiénique, disciplinaire, économique et moral de chacun d'eux.

Il a aussi, partant de cette idée très-exacte que « *la libération est la mise à l'épreuve de tout système pénitentiaire* », touché la délicate question de la surveillance et du patronage des libérés. L'étude comparée des législations étrangères rehausse l'intérêt et augmente l'utilité de ce travail ; et si les chiffres de la statistique paraissent parfois y occuper une place excessive, peut-on raisonnablement en faire un reproche au courageux auteur qui n'a pas craint de s'avancer

[1] Paroles de M. Ch. Lucas à l'Académie des sciences morales et politiques (*Journal officiel* du 10 novembre 1875).

[2] M. Lebourg, *Discours sur l'emprisonnement cellulaire.*

Digitized by Google

sur ce terrain aride, sur lequel il est à la rigueur loisible au lecteur de ne pas le suivre? Peut-être est-il seulement permis de regretter l'absence d'une conclusion générale, qui eût laissé au lecteur, en refermant le livre, une idée nette et précise de la réforme pénitentiaire en lui faisant voir d'un coup d'œil le chemin parcouru et le chemin qui reste à parcourir: une pareille conclusion eût été, selon nous, un complément très-heureux pour un rapport transformé en traité.

L'expérience acquise par une étude approfondie et une série d'observations personnelles, expérience qui ne saurait être révoquée en doute [1], donne à M. d'Haussonville une compétence spéciale pour signaler les imperfections de notre système pénitentiaire. Un des vœux qu'il exprimait au nom de la commission vient d'être exaucé par la réorganisation d'un conseil supérieur des prisons. On n'hésitera pas non plus à reconnaître avec lui l'utilité d'une revue périodique à l'adresse des directeurs, pour les tenir au courant des progrès de la science pénitentiaire; de même que la nécessité d'établir auprès de nos établissements pénitentiaires d'outre-mer un contrôle permanent. L'application de la transportation aux récidivistes incorrigibles est encore une heureuse idée, empruntée du reste au Code de la Louisiane. Ce livre contient le germe de très-utiles améliorations; nous y avons remarqué aussi des dissertations très-solides sur les questions de droit public les plus intéressantes : de quel ministère doit dépendre l'administration des prisons? à qui doit appartenir la propriété des prisons départementales? quel système doit être préféré de l'entreprise ou de la régie?

M. d'Haussonville ne s'est pas montré seulement curieux observateur et penseur profond, mais encore élégant écrivain; et son étude ne tire pas uniquement son intérêt de la gravité sociale du sujet et des excellents enseignements qu'elle renferme, mais aussi du style facile et souvent attachant dans lequel elle est écrite. En résumé, au fond comme en la forme, c'est une œuvre remarquable à tous égards, que nous engageons vivement à lire tous ceux qu'intéresse à un degré quelconque la grande question pénitentiaire.

EDMOND VILLEY.

[1] V. le discours de M. Bouchet devant l'Assemblée nationale dans la séance du 20 mai 1875 (*Journal officiel* du 21 mai).

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

3769. Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, 26, rue Racine.

Digitized by Google

NÉCROLOGIE.

M. Louis WOLOWSKI.

Par M. A. Batbie, Sénateur, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Les grands organes de la presse quotidienne, soit en France, soit à l'étranger, ont déjà consacré des articles à la mémoire de M. Wolowski et cette tâche a été, chez nous, heureusement remplie par M. Laboulaye dans le *Journal des Débats*, par M. Baudrillart dans le *Journal officiel*. Les hommages que les journaux politiques viennent de rendre à ce nom aimé et respecté ont devancé l'expression de nos regrets, mais notre lenteur tient à la nature de notre publicité, et il y aurait injustice à voir dans ce retard un signe d'indifférence. Dans quel milieu M. Wolowski a-t-il compté plus d'amis que parmi les rédacteurs et les lecteurs de cette *Revue?* Pouvions-nous oublier qu'il créa ce recueil dans les circonstances les plus pénibles, et qu'après l'avoir fondé il ne cessa, même dans les moments les plus heureux de sa carrière, de l'aider de son concours et de ses conseils? C'est à la *Revue* que se rattachaient les souvenirs de sa jeunesse militante et souffrante. Aussi aimait-il à en parler et à s'en occuper au plus fort de ses travaux et de ses succès. On ne saurait trop raconter la vie de notre fondateur; car il a donné l'exemple des vertus qui méritent le plus d'être imitées, du courage et de l'abnégation dans le patriotisme, de la dignité dans l'exil, de la bienveillance dans la bonne fortune.

L. Wolowski était né à Varsovie en 1810 d'une famille qui avait dans son pays un rang distingué. Le père y occupa une fonction éminente; car il fut le dernier président de la Diète, honneur périlleux que suivirent de tristes retours. Le président fut obligé de fuir son pays avec sa femme et ses enfants et pendant qu'il conduisait sa famille sur notre terre hospitalière, ses biens étaient confisqués.

Digitized by Google

Notre pays n'était pas inconnu pour L. Wolowski; il y avait été envoyé en 1831 comme secrétaire de légation. Aussi prit-il immédiatement la résolution de se faire naturaliser Français et dès 1834 il fut reçu avocat. C'est à cette époque qu'il forma le projet de fonder un recueil qui mettrait les jurisconsultes de notre pays au courant des travaux juridiques faits à l'étranger et, avec le concours de quelques hommes éminents, il créa la *Revue de législation.*

Les *Français du Nord* trouvèrent chez nous la sympathie la plus généreuse et tous, gouvernement et particuliers, s'empressèrent de faire pour les exilés ce qui pouvait adoucir l'amertume de leur destinée. C'est à ces dispositions bienveillantes que Wolowski dut la faveur — d'ailleurs bien justifiée — d'être nommé, en 1839, professeur de *législation industrielle et commerciale* au Conservatoire des Arts et Métiers. Cet enseignement prit de l'extension à la mort d'Adolphe Blanqui. A cette époque, la chaire d'économie politique cessa d'avoir une existence propre et fut absorbée dans celle de législation industrielle. On cacha le nom de la science parce que sous ce nom elle s'était fait des ennemis ; elle fut condamnée à se faire petite pour être tolérée. Sous le titre de législation industrielle, l'économie politique conserva sa position officielle et, en fait, elle prit la première et plus importante place dans l'enseignement du professeur. La vocation de celui-ci se dessina et peu à peu il abandonna le droit et la jurisprudence pour l'économie politique. C'est en effet comme économiste que Wolowski laissera un souvenir durable; il n'appartient au droit et à la jurisprudence que par ses débuts, par ses premiers essais, tandis que l'économie politique a occupé son esprit en pleine maturité.

Wolowski se fit connaître comme économiste par son caractère avant de se faire connaître par ses publications. C'était en 1848. Le socialisme était triomphant et son orateur le plus éloquent présidait, au Luxembourg, le Parlement des ouvriers. On y appelait dédaigneusement les économistes « Malthusiens »; l'économie politique y était traitée avec défaveur de science descriptive, sans idéal, inventée par les capitalistes pour assurer l'oppression des travailleurs. On passa des discours aux actions et un décret du gouvernement provisoire supprima la chaire d'économie poli-

Digitized by Google

tique au Collége de France. Wolowski n'était pas atteint personnellement par cette mesure; mais il tint à honneur de protester contre cet acte d'intolérance scientifique. Les électeurs de la Seine se souvinrent de sa fermeté et 132,000 suffrages l'envoyèrent siéger à l'Assemblée nationale constituante; réélu par 116,000 voix à l'Assemblée législative, il quitta la vie politique après les événements de décembre 1851. Les dix-huit années qui suivirent furent consacrées à la publication des écrits les plus importants qu'il ait composés sur les matières économiques.

Wolowski avait un esprit pratique; il étudiait la science parce qu'il y voyait la règle des faits, mais il aimait surtout à s'occuper de l'application de la théorie aux questions d'affaires, particulièrement à celles que le cours des événements mettait à l'ordre du jour. Or, trois grandes questions occupèrent, sous le second Empire, le gouvernement et l'opinion publique : 1° la liberté commerciale qui triompha, sinon absolument au moins dans une proportion assez grande pour mériter au traité de 1860 avec l'Angleterre le titre de *traité pour la liberté commerciale;* 2° la liberté des banques qui fut soulevée à l'occasion du privilége de la banque de Savoie; 3° la question du rapport légal des monnaies d'or et d'argent qui fut posée à la suite de la découverte des mines de Californie et d'Australie. Wolowski prit parti pour la *liberté commerciale* (1869) pour le privilége d'émission conféré exclusivement à une seule banque (*question des banques*, 1864 et *banque d'Angleterre*, 1867) et pour le maintien du double étalon monétaire (*or et argent*).

Sa conviction sur la liberté commerciale était faite depuis longtemps; elle datait de ses premières études, et il ne fit en 1869 que développer des principes arrêtés dans son esprit dès le début de sa carrière scientifique. Il n'eut pas à lutter sur cette question avec les économistes, car tous ils considèrent la liberté commerciale comme le premier principe de l'orthodoxie scientifique. Les choses ne se passèrent pas aussi pacifiquement sur les deux autres points. Wolowski eut, au contraire, à soutenir une polémique très-vive avec M. Michel Chevalier sur le privilége de la Banque unique et sur le double étalon d'or et d'argent. Nous n'entrerons pas dans ce débat (il ne rentre pas dans le cadre de nos travaux)

Digitized by Google

et nous nous bornerons à dire que Wolowski soutint cette lutte avec autant de fermeté que de courage. Nous disons avec *courage* parce que les partisans de la liberté des banques sont très-nombreux parmi les économistes et qu'il fallait, pour soutenir la Banque unique d'émission, s'exposer aux coups d'adversaires en majorité.

Les élections partielles qui suivirent la chute de la Commune de Paris firent rentrer Wolowski dans la vie politique (2 juillet 1871). Il accepta le mandat des électeurs de la Seine avec la pensée fermement arrêtée de soutenir la politique du gouvernement de M. Thiers et avec l'espérance d'établir dans notre pays une République modérée. Cette conviction inspira tous ses votes pendant les cinq années qu'il siégea à l'Assemblée nationale et pendant les quelques mois qu'il prit part aux travaux du Sénat. L'Assemblée nationale l'avait nommé sénateur inamovible par 349 suffrages. Après avoir travaillé de son vote à établir la République, il est mort avec la conviction qu'elle pourrait durer et que la raison des gens sages triompherait de la violence des impatients. Rien n'a troublé sa confiance politique et il s'est éteint en pleine victoire de ses idées. Cette satisfaction qu'il manifestait à ses amis, qu'il ne dissimulait pas même devant ceux qui n'avaient pas marché avec lui, aurait adouci la tristesse de ses derniers moments, si son esprit et son cœur avaient pu s'ouvrir à une consolation; mais Wolowski ne pouvait pas mourir doucement parce qu'il était tourmenté par un souvenir cruel que rien n'éloignait. Son petit-fils unique venait de lui être enlevé. Cette douleur a eu sa trop grande part dans la fin prématurée de Wolowski et l'on peut dire de lui qu'il est mort comme il avait vécu, en homme de cœur.

A. BATBIE.

Digitized by Google

DU MODE DE RENOUVELLEMENT DES CONSEILS MUNICIPAUX.

Par M. Émile Flourens, maître des requêtes au Conseil d'État.

Les Chambres ont terminé leur dernière session par le vote d'une loi qui rend aux conseils municipaux des communes rurales l'élection du maire. Cette solution a pour but de remplacer, *à titre provisoire*, la disposition par laquelle la loi du 20 janvier 1874 avait *provisoirement* enlevé aux assemblées communales ce droit qui leur avait été *provisoirement* accordé par la loi du 14 avril 1871.

Quoique qualifiée de provisoire, cette concession n'en est pas moins définitive. Il en est de l'élection des maires comme du suffrage universel : Une faculté de cette nature, une fois accordée, ne se retire plus. Il est permis de se demander si la majorité de la précédente Assemblée, lorsqu'elle a imposé au chef du pouvoir exécutif la loi du 14 avril 1871, n'a pas commis une imprudence; mais les membres de cette majorité, lorsqu'ils ont cru que l'avénement au ministère de leurs amis suffirait pour faire oublier au pays une concession si chère à ses aspirations d'indépendance et si conforme à la logique de l'état républicain, se sont certes payés d'illusions.

Il faut donc examiner avec soin la situation nouvelle qui est faite à l'administration française par une modification aussi grave dans les bases sur lesquelles a reposé jusqu'ici son organisation, et, tandis que l'élection du maire n'est encore pratiquée que dans les communes les moins importantes, rechercher quelles modifications elle doit entraîner dans la constitution des municipalités, soit au point de vue de la gestion de leurs affaires intérieures, soit au point de vue de leurs rapports avec l'État.

A nos yeux, ces modifications sont importantes et nombreuses; aujourd'hui nous voulons en signaler une seule. Celle qui est relative au mode à adopter pour le renouvellement du conseil municipal.

Deux systèmes sont en présence et semblent jusqu'ici partager le gouvernement et la commission de la Chambre des

Digitized by Google

députés : le système du renouvellement partiel et celui du renouvellement intégral.

L'un et l'autre invoquent en leur faveur des précédents législatifs.

Lorsque la première Assemblée constituante dota la France d'un système complet de liberté et qu'elle fit des franchises communales, non plus le privilége de quelques villes, mais le droit commun des municipalités, elle donna au corps électoral le choix du maire et se prononça pour le renouvellement partiel du conseil municipal[1]. Cette dernière solution ne fut pas adoptée sans débats; mais l'opinion prévalut qu'elle seule assurerait au pouvoir communal l'esprit d'unité indispensable à la bonne gestion des affaires du municipe.

En 1831, quand les communes rentrèrent en possession du droit, dont la loi du 28 pluviôse an VIII les avait dépouillées[2], d'élire leurs conseillers municipaux et que l'obligation fut imposée au gouvernement de choisir le maire dans le sein de l'assemblée communale, c'est en faveur du renouvellement partiel que se prononça le législateur[3].

Sous le second Empire, au contraire, alors que la Constitution accordait au chef de l'État le droit de prendre le maire en dehors du conseil municipal[4]; c'est le système du renouvellement intégral qui fut inauguré. Il fut consacré, d'abord, par la loi du 5 mai 1855[5] qui fixa à cinq ans la durée des conseils municipaux, puis par la loi du 24 juillet 1867[6] qui porta cette durée à sept ans, enfin par la loi du 22 juillet 1870[7] qui la réduisit de nouveau à cinq ans.

Aujourd'hui, la loi du 14 avril 1871, seule en vigueur sur ce point, s'est bornée à décider, à titre transitoire, que, jusqu'à la promulgation de la loi organique définitive, les électeurs communaux seraient appelés, au moins une fois tous

[1] Lettr. pat. 14 décembre 1789, art. 42.
[2] L. 28 pluviôse an VIII, art. 20.
[3] L. 21 mars 1831, art. 17.
[4] Const. 14 janvier 1852, art. 57.
[5] L. 5 mai 1855, art. 8.
[6] L. 24 juillet 1867, art. 18.
[7] Cette loi n'a jamais reçu d'exécution.

Digitized by Google

les trois ans, à choisir les mandataires chargés de la gestion de leurs intérêts.

Tel est l'état actuel de la question.

A ne consulter que cet exposé de ses précédents historiques, il ne semblerait guère possible de la résoudre autrement qu'en faveur du renouvellement partiel. Que voyons-nous en effet? Toutes les fois que le législateur se préoccupe sincèrement d'assurer au corps électoral une action efficace sur la marche de l'administration locale, il se prononce pour le renouvellement partiel. Il adopte le système opposé quand il veut amoindrir le rôle du conseil municipal, pour concentrer entre les mains de ses agents tout le pouvoir.

A côté de ces autorités, nous en avons d'autres non moins graves à invoquer.

Lorsqu'il a pris l'engagement de présenter aux Chambres des projets de loi qui renouvelleraient dans un sens libéral les institutions municipales de la France, le gouvernement n'a fait que reprendre une œuvre qui avait été déjà tentée par plusieurs de ses prédécesseurs.

Par un décret en date du 11 décembre 1848, l'Assemblée constituante décida qu'il serait incessamment rédigé une loi d'*organisation départementale et communale*. Le Conseil d'État fut chargé à la fois par le pouvoir législatif et par le pouvoir exécutif de préparer ce grand travail. Il se livra aux études les plus approfondies. Le projet, rédigé par lui, fut revu et amendé avec le soin le plus scrupuleux par une commission de l'Assemblée législative, et les événements de 1851 empêchèrent seuls d'aboutir cette œuvre qui, de l'avis des hommes compétents, contenait de sérieuses améliorations sur la législation préexistante.

Ce projet portait que les conseils municipaux seraient nommés pour six ans et renouvelés par moitié tous les trois ans [1].

En 1870, lorsqu'un revirement vers les idées libérales se manifesta dans les conseils du second Empire, une commission extra-parlementaire réunie sous la présidence de M. Odilon Barrot, reçut la mission d'élaborer un projet de

[1] Articles 43 du projet du Conseil d'État et 84 du projet de l'Assemblée législative.

Digitized by Google

loi sur la décentralisation administrative. La loi du 10 aout 1871, sur l'organisation départementale, n'a été que la réalisation partielle des idées contenues dans le travail préparé à cette époque.

Dans la partie de son œuvre relative aux municipalités, cette commission, elle aussi, se prononça en faveur du renouvellement par fractions du conseil municipal. Seulement, elle émit l'avis que la durée totale de ces assemblées devait être portée à neuf ans et le renouvellement avoir lieu par tiers tous les trois ans.

Est-il nécessaire, enfin, de rappeler que le projet de loi sur l'organisation municipale, présenté au nom du gouvernement, a été également préparé par une commission extraparlementaire et qu'après un examen approfondi, cette commission a émis l'avis que les conseils municipaux devaient être élus pour six ans et renouvelés par moitié tous les trois ans [1]?

Ainsi, à toutes les époques et sous tous les gouvernements, dès qu'il a été question de développer les attributions du pouvoir municipal et de lui donner une certaine liberté d'action, tous les hommes compétents sont tombés d'accord pour reconnaître qu'il fallait éviter de renouveler intégralement les conseils municipaux et ne les soumettre qu'à des renouvellements partiels.

Cette vérité deviendra plus frappante encore si, aux exemples tirés de notre propre pays, nous joignons ceux que nous offrent les législations étrangères. Tandis que nous restions embarrassés dans les errements inaugurés en l'an VIII qui ont longtemps passé pour le parangon de la sagesse administrative, les peuples qui nous entourent nous ont tous devancés dans la voie de l'affranchissement des communes. Tous ils se sont prononcés pour le renouvellement partiel des assemblées municipales.

L'Espagne est, à juste titre, renommée pour la grande extension qu'y ont reçue les franchises locales. L'*ayuntamiento*, assemblée à laquelle incombe, dans ce pays, la gestion des

[1] V. projet de loi sur l'organisation municipale présenté par M. de Marcère, ministre de l'intérieur, dans la séance de la Chambre des députés du 29 mai 1876, art. 13.

Digitized by Google

intérêts de la circonscription municipale, élit directement dans son sein l'*alcade* et les *tenientes alcades* qui exercent le pouvoir exécutif. L'ayuntamiento se renouvelle par moitié de deux en deux ans. A chaque renouvellement les conseillers les plus anciens se retirent[1].

En Angleterre, les paroisses ou communes rurales ont une organisation qui ne présente aucune analogie avec celle de municipalités; mais la très-grande majorité des bourgs et des villes s'est placée sous l'empire d'une loi du 9 septembre 1835 qui a établi des institutions assez rapprochées des nôtres pour que nous puissions leur emprunter quelques utiles enseignements. En vertu de cette loi, le maire et les *aldermen* sont choisis par le conseil municipal (*town council*). Ce conseil lui-même, élu pour trois ans, est renouvelable par tiers chaque année.

En Prusse, les magistrats qui exercent des fonctions analogues à celles déférées chez nous au maire, sont choisis par l'assemblée communale sauf l'agrément de l'autorité administrative supérieure. Les règles relatives à la composition du conseil municipal présentent de certaines variétés de détail qui s'expliquent par l'influence plus ou moins grande qu'exercent encore, dans les diverses provinces, les traditions féodales. Partout où ces traditions ne donnent pas au choix des éléments qui concourent à la formation de ce corps un caractère différent de celui qu'il peut revêtir dans un État démocratique comme le nôtre, c'est le système du renouvellement partiel qui prévaut. Ainsi, dans les villes du pays rhénan et de la Westphalie, les conseillers sont élus pour six ans et se renouvellent par tiers. Dans les communes rurales de ces provinces, si l'assemblée municipale doit être composée par délégation, les délégués sont élus pour six ans et sortent par tiers tous les deux ans[2].

L'Italie vient de constituer en une unité puissante des

[1] L. 23 juin 1870, art. 39.

[2] V., pour l'organisation des villes dans la province de Westphalie. L., 19 mars 1856, art. 18 ; — pour l'organisation des communales de cette province, L. de la même date, art. 26, n° 2 ; — pour le pays rhénan, L. 15 mars 1856 et ordonn. royale 23 juillet 1845; — pour les provinces occidentales (Prusse, Brandbourg, Poméranie, Silésie, Posen et Saxe), L. 30 mai 1853.— V. aussi Hillebrand, *la Prusse contemporaine et ses institutions*.

Digitized by Google

États et des villes justement fiers de leur antique autonomie. Ces provinces et ces cités se sont unies sous l'empire d'un même système de larges franchises locales. En vertu de la loi organique du 20 mars 1865, le syndic est nommé par le roi. Il doit être pris dans le sein du conseil communal[1], Pour tout ce qui concerne la gestion des intérêts propres au municipe, il est placé sous le contrôle d'une junte municipale qui, d'après les expressions mêmes employées par le législateur, représente le conseil communal dans l'intervalle de ses sessions et veille à la marche régulière des services municipaux en assurant la stricte exécution des délibérations de ce conseil. Les membres de la junte sont choisis par l'Assemblée communale dans son sein[2]. Les conseillers municipaux restent en fonctions cinq ans. Ils se renouvellent par cinquième chaque année[3].

En Belgique, où le roi nomme le bourgmestre et les échevins et où il peut même, de l'avis conforme de la députation permanente du conseil provincial, prendre le bourgmestre hors du conseil, parmi les électeurs de la commune âgés de vingt-cinq ans accomplis[4], mais où le conseil municipal est investi d'une véritable souveraineté sur la gestion des intérêts purement locaux, « les conseillers communaux sont élus pour le terme de six ans. Ils sont renouvelés par moitié tous les trois ans[5]. »

Ceci est non moins digne de remarque; en vertu des diverses législations que nous venons de passer en revue, la gestion du pouvoir exécutif, dans le domaine au moins des intérêts exclusivement locaux, n'est pas, comme en France, concentrée entre les mains d'un agent unique. Le fonctionnaire qui tient la place de nos maires voit son autorité partagée ou au moins, à chaque pas, contrôlée par des corps collectifs, émanations plus ou moins directes et indépendantes de l'assemblée communale. Ces corps prennent en

[1] L. communale et provinciale du 20 mars 1865, tit. II, ch. V, art. 97.
[2] *Ibid.*, art. 91 et 92.
[3] *Ibid.*, tit. IV, art. 203.
[4] Loi communale belge, tit. Ier, ch. Ier, art. 2, §§ 5 et suiv.; L. 30 juin 1842 et 1er mars 1848.
[5] *Ibid.*, tit. Ier, ch. VI, art 54; L. 13 avril 1848.

Digitized by Google

Belgique le nom de *collége échevinal*, en Allemagne de *magistrat*. En Angleterre, ce sont les aldermen; en Italie, c'est la junte municipale. Or le système du renouvellement partiel est appliqué à ces colléges comme au conseil municipal lui-même. Ainsi les aldermen sont élus pour six ans par le conseil communal et renouvelés tous les trois ans par moitié [1]. Les membres de la junte municipale sont choisis par l'assemblée municipale dans son sein et sont renouvelés chaque année par moitié [2].

Les motifs d'une préférence si universelle pour le système du renouvellement partiel ne sont pas difficiles à déduire.

Quand le maire est nommé par le chef de l'État ou par ses agents directs et qu'il peut être choisi en dehors du conseil municipal, le système du renouvellement intégral se comprend ; il est même le plus logique, le plus conforme à la vérité de la situation. La présidence de ce fonctionnaire qui se perpétue, quels que soient les revirements des luttes électorales, suffit à relier les travaux de l'Assemblée présente à ceux de l'Assemblée qui l'avait précédée. Elle remédie, dans une certaine mesure, au manque de suite dans la direction des affaires et à l'inexpérience du nouveau conseil. L'autorité du maire s'accroît de cette inexpérience même; elle devient plus incontestée, plus absolue. Il est l'unique dépositaire de la tradition, ce flambeau dont l'administration est obligée de rechercher à chaque pas les clartés. Lui seul sait quels ont été les antécédents de la question et est capable d'en déduire les suites qu'il convient de lui donner. Il n'initie le conseil aux affaires que dans la mesure qui lui convient et qu'il juge le plus propre à servir ses desseins. Tenter de résister à la direction qu'il lui plaît d'imprimer à l'administration locale paraît une tâche presque toujours ingrate et inutile à une assemblée sans lendemain qui marche à l'aveugle. Par là, le but que se proposait le législateur se trouve atteint. Toute l'autorité passe aux mains de l'agent nommé par le pouvoir central et placé sous son action exclusive; le contrôle d'un conseil choisi par le corps électoral est maintenu en apparence, en réalité il est annihilé.

[1] L. 9 septembre 1835.

[2] L. communale et provinciale du 20 mars 1865, tit. II, ch. IV, art. 91, § 2.

Digitized by Google

Les auteurs de la Constitution du 14 janvier 1852 et des lois organiques qui ont été rédigées en exécution de cette Constitution n'auraient eu garde de maintenir le renouvellement partiel. Ce système permet en effet au conseil de se constituer une tradition, d'acquérir la science et la pratique de l'administration. Il n'a plus besoin d'attendre les enseignements des agents du pouvoir central; il puise lui-même en son sein les lumières nécessaires pour s'initier aux affaires. Aussi jouit-il d'une autorité propre qui met obstacle au despotisme du maire; est-il en état de s'opposer aux empiétements des agents administratifs supérieurs et de faire triompher ses volontés et celles du corps électoral qu'il représente.

Que si, au contraire, le maire est élu par le conseil municipal ou même s'il ne peut être choisi par le gouvernement que parmi les membres de cette assemblée, le maintien du renouvellement intégral aboutit, dans un bref délai, à jeter le désarroi dans la gestion des affaires communales.

Il faut être étranger à l'administration pour contester les difficultés de toute nature dont se trouve entravée la marche d'une assemblée qui, par l'effet d'un renouvellement intégral, est composée d'éléments nouveaux; pour nier les tâtonnements, les recherches inutiles, le temps et les efforts perdus, les projets menés presque à bonne fin et qui avortent, les abus qui se perpétuent faute d'un esprit de suite suffisant pour les déraciner. Mais si le maire change avec le conseil; si tout, pouvoir exécutif et pouvoir délibérant, s'abîme en un instant pour ne renaître qu'en des mains différentes, pour être poussé sans cesse dans des directions opposées, car l'homme est ainsi fait qu'il est toujours enclin à abandonner l'œuvre commencée avant lui pour en tenter une nouvelle, quelle entreprise de longue haleine pourra aboutir, quelle amélioration sera réalisée avec suite? Qui osera traiter avec les communes?

Sans doute, à chaque renouvellement intégral du conseil municipal, tous les membres ne changent pas. Nous admettons même que les cas où il n'y a pas un certain nombre d'anciens conseillers réelus constituent des exceptions. Mais d'abord, dans un pays aussi travaillé que le nôtre par les passions politiques, ces exceptions sont plus fréquentes qu'on ne le

Digitized by Google

pense; et puis, si seulement une minime fraction de la précédente Assemblée se trouve réélue, ne craint-on pas qu'elle n'acquière, à raison même de l'inexpérience du corps auquel elle appartient, un rôle trop prépondérant? Si cette fraction est en opposition avec la majorité du nouveau conseil, le gouvernement va se trouver dans un grand embarras, obligé de prendre pour maire ou un homme hostile à la majorité ou un homme dépourvu de toute pratique administrative.

Personne ne saurait le contester, le rôle du conseil municipal doit s'agrandir. Mais pour que le développement de ses attributions soit un bienfait, il faut que le développement de ses lumières lui corresponde. Cet accroissement d'instruction ne peut s'acquérir que par une pratique prolongée, même pour la gestion des intérêts de nos modestes communes rurales. Le renouvellement partiel permet seul d'accorder les délais suffisants pour obtenir cette expérience, tout en mettant le corps électoral en rapport assez fréquent avec ses mandataires pour qu'il exerce toujours sur eux un contrôle efficace. Il n'est guère vraisemblable en effet que quand le suffrage universel aura nettement manifesté ses préférences, la fraction restante du conseil municipal appelée, elle aussi, à bref délai, à affronter son verdict, marche à l'encontre de ses désirs.

Les adversaires du renouvellement partiel sont donc, sans le savoir, les adversaires les plus dangereux de l'élection des maires par les conseils municipaux et de l'extension de nos franchises communales. Il les mettent en péril en refusant au corps municipal les conditions de stabilité nécessaires pour la marche régulière d'une bonne administration.

La Chambre des députés actuelle a, mieux qu'aucune des Assemblées qui l'ont précédée, compris la nécessité de doter la France d'une instruction primaire largement répandue. Elle a senti que c'était le corollaire indispensable du maintien du suffrage universel. Dans ce but, elle a fait de grands sacrifices et a inscrit au budget des crédits considérables eu égard aux charges si lourdes que les conséquences de nos désastres font peser sur le pays. C'est une œuvre dont les générations à venir recueilleront le bienfait. Pour l'instruction des générations qui sont mêlées à la vie politique actuelle, ne reste-t-il rien à tenter? Le gouvernement ne l'a pas pensé et

Digitized by Google

nos Chambres ne le croiront pas davantage. De Tocqueville a écrit : « Les institutions communales sont à la liberté ce que les écoles primaires sont à la science; elles la mettent à la portée du peuple, elles lui en font goûter l'usage paisible et l'habituent à s'en servir. » Ce sont les conséquences pratiques de cette pensée si juste qu'il s'agit enfin de déduire chez nous. C'est cette école qu'il faut ouvrir par un large système de libertés locales. Mais pour que la fréquentation de l'école soit fructueuse, il faut que le législateur ne laisse jamais tarir dans son sein les deux sources de tout enseignement, le savoir et l'expérience. Or le renouvellement partiel est seul capable de conserver le feu sacré de la tradition administrative dans nos corps municipaux.

ÉMILE FLOURENS.

ÉTAT ACTUEL DE LA LÉGISLATION DE L'ALGÉRIE.

Par M. JEANVROT, substitut du procureur de la République à Ajaccio.

I. RÉGIME LÉGISLATIF DE L'ALGÉRIE.

L'organisation de l'Algérie a été souvent modifiée depuis la conquête. Tout récemment encore l'instruction publique, l'administration judiciaire, les assemblées départementales, la propriété, le service militaire y ont été l'objet de nouvelles dispositions législatives. L'idée qui a présidé aux dernières réformes est l'assimilation graduelle de l'Algérie à la France. Un exposé succinct de la législation qui régit actuellement l'Algérie offre donc un sérieux intérêt.

Une des sources du régime législatif de l'Algérie est la convention conclue, le 5 juillet 1830, entre le général en chef de l'armée française et le dey d'Alger.

Cette convention porte : « L'exercice de la religion mahométane restera libre. La liberté des habitants de toutes les classes, leur religion, leurs propriétés, leur commerce et leur industrie ne recevront aucune atteinte. Leurs femmes seront respectées.

« Le général en chef en prend l'engagement sur l'honneur.

Digitized by Google

« L'échange de cette convention sera fait, avant dix heures, ce matin, et les troupes françaises entreront aussitot dans la Casbah et successivement dans tous les forts de la ville et de la marine. »

De la ville d'Alger l'occupation s'est étendue successivement à tout le territoire qui a reçu depuis le nom d'Algérie. Oran fut occupé en 1830, Bône en 1832, Tlemcen en 1836, Constantine en 1837, Stora et la Calle en 1838, Blidah et Coleah en 1838, Médeah et Milianah en 1840, Tenès, Mostaganem et Mascara en 1841, Biskra et Boghar en 1844, Laghouat en 1852. Enfin la conquête de l'Algérie est devenue définitive par la soumission de la grande Kabylie en 1857.

Ces faits militaires ont donné lieu à des conventions qui reproduisent toutes dans leurs termes celle du 5 juillet 1830. Or, ces conventions n'ont pas seulement le « caractère d'actes politiques, mais encore de lois ». (Cass., 29 mai 1865.)

La clause stipulant que la religion des habitants de toutes les classes ne recevra aucune atteinte entraîne des conséquences importantes au point de vue de la législation. En effet, la religion mahométane, qui est celle de la plus grande partie des indigènes, n'impose pas seulement aux croyants un régime religieux, mais aussi un régime civil. Le Coran règle à la fois leur statut réel et leur statut personnel. Déclarer que la religion des habitants de toutes les classes ne recevra « aucune atteinte », c'était déclarer que les indigènes musulmans ne seraient pas soumis à la loi française quant à leur statut réel et à leur statut personnel.

En vertu de cette disposition, les indigènes musulmans ont conservé tous les droits de propriété qu'ils avaient sous la domination arabe (Cass., 29 décembre 1870).

Toutefois un examen minutieux des préceptes et des doctrines du Coran a démontré que ces droits ne sont soumis à aucune règle proprement dite. Le Coran ne contient pas de lois sur la propriété, mais seulement des conseils, des avis. (Consulter à ce sujet le remarquable exposé des motifs de la loi du 26 juillet 1873 sur la propriété, par M. Warnier, député de l'Algérie). Or, les rapports de l'homme avec le sol ne constituent le plus souvent chez les Arabes qu'une possession de fait qui se manifeste par l'occupation temporaire et incertaine, la détention collective et indivise d'un terri-

Digitized by Google

toire. Cette situation, qui a donné lieu à de si vives et si nombreuses controverses, était un obstacle insurmontable au développement de la colonisation et à l'affermissement de notre conquête. Une réforme était nécessaire. La loi du 26 juillet 1873, complétant le sénatus-consulte du 22 avril 1863 et introduisant en cette matière les dispositions des lois françaises, a solennellement consacré le principe de la propriété individuelle dans toute l'étendue de l'Algérie.

Les indigènes israélites, comme les indigènes musulmans, ont bénéficié de leur législation religieuse. Leur statut personnel a continué d'être régi par la loi mosaïque jusqu'au décret du 24 octobre 1870 qui les a déclarés citoyens français. Depuis cette époque leur statut personnel est régi par la loi française, tous droits acquis antérieurement restant inviolables. (V. rapport de M. de Fourtou, au *Journal officiel* du 4 septembre 1871.)

A l'exception de ce qui concerne le statut personnel et réel des musulmans, les indigènes sont régis par les mêmes règles législatives que les autres habitants de l'Algérie, Français ou Européens. Quelles sont ces règles?

L'Algérie étant devenue, par le fait de la conquête, une possession française, a été soumise au régime législatif des colonies, c'est-à-dire que les lois de la métropole antérieures à la conquête y sont devenues applicables sans promulgation (Cass., 4 février 1863).

C'est la conséquence de ce fait que la loi française accompagne nos armées dans leurs opérations militaires sur les territoires étrangers, et protége dans ces territoires nos nationaux dans leurs personnes et leurs propriétés (Cass., 17 novembre 1865). Cette protection et ce régime s'étendent au peuple conquis à défaut de conventions contraires. L'Algérie ayant été, par l'ordonnance du 22 juillet 1834, proclamée pour la première fois, dans un acte législatif, possession française, c'est à cette date qu'il faut placer juridiquement l'époque de la conquête.

Dès lors, toutes les lois françaises antérieures au 22 juillet 1834 sont, en principe, applicables à l'Algérie, notamment si elles intéressent l'ordre public (Cass., 3 avril 1866) ou les finances de l'État (Cass., 15 juillet 1868).

Toutefois ces lois ne sont exécutoires que dans la mesure

Digitized by Google

compatible avec les mœurs (Cass., 17 août 1865), les circonstances de temps (Cass., 17 nov. 1865) ou de lieu (Cass., 4 février 1863), et dans le cas où les lois et règlements propres à l'Algérie n'en ont pas restreint, modifié ou complétement repoussé l'application (Cass., 17 août 1865).

Ainsi, l'introduction en Algérie d'une institution de la métropole, comme le notoriat, par exemple, entraîne l'application des lois qui régissent cette institution, sans qu'il soit besoin de promulgation (Cass., 4 février 1863). De même l'établissement d'une administration des forêts entraîne l'application du Code forestier (Cass., 17 nov. 1865); de même encore l'établissement d'un théâtre entraîne l'application de l'ordonnance du 8 décembre 1824 sur les théâtres (Cour d'Alger, 19 mars 1861).

Postérieurement à la conquête, c'est-à-dire depuis l'ordonnance du 22 juillet 1834, l'Algérie est soumise à une législation spéciale dont les principes sont posés en ces termes dans cette même ordonnance :

« Jusqu'à ce qu'il en soit autrement ordonné, les possessions françaises dans le nord de l'Afrique seront régies par nos ordonnances (art. 4).

« Le gouverneur général prépare en conseil les projets d'ordonnances que réclame la situation du pays, et les transmet à notre ministre secrétaire d'État de la guerre.

« Dans les cas extraordinaires et urgents, il peut provisoirement, et par voie d'arrêté, rendre exécutoires les dispositions contenues dans les projets. » (Art. 5.)

En vertu de ces dispositions, le régime législatif de l'Algérie est donc celui des ORDONNANCES ou DÉCRETS, et en certains cas des ARRÊTÉS.

La première conséquence de ce principe, c'est qu'aucune loi française, postérieure au 22 juillet 1834, n'est applicable en Algérie si elle n'y a été rendue applicable par une ordonnance, un décret ou un arrêté.

Ainsi jugé pour la loi du 3 mai 1844 sur la chasse (Cass., 17 nov. 1849; Cass., 20 mars 1850); pour la loi de 1834 sur le recrutement (Paris, 18 mars 1868); pour le décret du 20 octobre 1870 constitutif des Cours martiales (Cass., 5 janvier 1871); pour les lois de 1845 et 1847 sur les irrigations (Cass., 1er déc. 1863).

Digitized by Google

D'ailleurs, les nombreux décrets et ordonnances ayant pour but de déclarer applicables à l'Algérie les lois ou autres dispositions législatives en vigueur dans la métropole prouvent que le gouvernement ne les considère pas comme y étant exécutoires de plein droit.

Cependant les lois françaises, postérieures à la conquête, qui ne renferment que de simples modifications à la législation française antérieure, et déjà appliquée à l'Algérie, y sont exécutoires sans promulgation (Cass., 17 août 1865; 17 novembre 1865; 15 juillet 1868; 5 janvier 1871).

Ainsi jugé notamment pour les modifications apportées au Code pénal par la loi de 1863 (Cass., 17 août 1865), et pour celles apportées au Code de commerce par la loi de 1866 sur l'arbitrage forcé (Cour d'Alger, 7 octobre 1859).

Il en est évidemment de même des lois qui ont spécialement et expressément l'Algérie pour objet. Aucun doute en ce cas ne peut s'élever sur leur applicabilité (Cour d'Alger, 25 octobre 1865).

Le régime des ordonnances et décrets auquel est soumise l'Algérie a pour effet de donner à tous les actes du pouvoir exécutif qui la concernent le caractère législatif.

L'ordonnance du 22 juillet 1843 a accordé le même pouvoir au gouverneur général en l'autorisant à légiférer provisoirement, dans les cas extraordinaires et urgents par voie d'arrêtés.

Cette disposition attribue au gouverneur général seul la faculté d'appréciation des circonstances et de l'opportunité. En conséquence il n'appartient pas aux tribunaux d'apprécier les motifs extraordinaires et d'urgence sur lesquels sont fondés les arrêtés du gouverneur général (Cass., 9 janvier 1857).

L'ordonnance du 15 avril 1835 soumettait la durée de ces arrêtés à l'approbation du ministre de la guerre, laquelle devait intervenir dans les trois mois. Un arrêté du chef du pouvoir exécutif du 9 décembre 1848, a ensuite étendu les pouvoirs du gouverneur général en lui permettant de prendre les mesures autorisées par les lois de la métropole.

Depuis cette disposition, les arrêtés du gouverneur général sont dispensés, pour demeurer exécutoires, de l'approbation du ministre de la guerre (Cour d'Alger, 16 août 1850). Le gouverneur général conserve comme antérieurement

Digitized by Google

(Cass., 21 mai 1836) la faculté de promulguer par voie d'arrêtés les lois existantes (Cass., 19 avril 1851).

L'ordonnance du 1er décembre 1831 conférait aux intendants civils des pouvoirs analogues à ceux que l'ordonnance du 22 juillet 1834 a ensuite attribués au gouverneur général civil. La jurisprudence a consacré la légalité des arrêtés rendus pendant cette période (Cass., 27 juillet 1867; Cass., 29 mars 1 869; Cour d'Alger, 31 juillet 1850). Mais à partir de l'ordonnance du 22 juillet 1834 les intendants civils et les directeurs généraux des affaires civiles qui les ont remplacés ont perdu le pouvoir que leur conférait l'ordonnance du 1er décembre 1831. Ils ne peuvent plus prendre que des arrêtés portant règlement de police ou de voirie, sanctionnés par des peines de simple police. Mais ils ne peuvent prendre des arrêtés entraînant des peines correctionnelles (Cass., 17 novembre 1849) ou modifiant les dispositions d'un arrêté antérieur du gouverneur général.

Les règles relatives à la promulgation des actes législatifs ont subi plusieurs modifications. D'après l'arrêté du gouverneur général du 2 octobre 1834, les actes législatifs étaient exécutoires après le troisième jour qui suivait la réception officielle constatée du bulletin contenant l'ordonnance au chef-lieu de chaque division territoriale.

D'après l'arrêté du 27 octobre 1858, la promulgation est réputée connue au chef-lieu de chaque province de l'Algérie un jour après la réception du bulletin par le préfet du département. Dans les circonstances extraordinaires, la promulgation peut avoir lieu à son de trompe ou par voie d'affiche (*ibid.*, art. 2).

Depuis l'arrêté du 14 janvier 1861, la promulgation des lois et décrets résulte de leur insertion suivant les formes et délais déterminés par le décret du 27 octobre 1858 dans le bulletin officiel des actes du gouvernement de l'Algérie, publié a Alger par les soins et sous la surveillance du directeur général des services civils.

Le régime législatif spécial auquel est soumis l'Algérie ne peut être considéré que comme transitoire. Le législateur de 1848 s'est préoccupé de cette situation dans l'article 109 de la Constitution ainsi conçu : « Le territoire de l'Algérie et des colonies est déclaré territoire français et sera régi par

Digitized by Google

des lois particulières, jusqu'à ce qu'une loi spéciale le place sous le régime de la présente Constitution. » Ce projet de réforme est resté lettre morte. Cette disposition législative n'a pas eu pour effet de soustraire *de plano* l'Algérie à l'autorité des décrets. Le pouvoir exécutif a conservé jusqu'aujourd'hui le droit de prendre des mesures ayant un caractère législatif (Cass., 19 avril 1851).

II. Organisation générale.

Le gouvernement et l'administration générale de l'Algérie sont placés entre les mains du gouverneur général civil (D. 24 octobre 1870, art. 5). Le gouverneur général civil correspond avec chaque ministre selon la nature des affaires (D. 24 octobre 1870, art. 10) et rend compte directement au Président de la République de la situation politique et administrative du pays. Les actes de haute administration et de gouvernement, les nominations aux emplois, qui doivent émaner du Président de la République, lui sont présentés, d'après les propositions de gouvernement général civil, par le ministre compétent, qui contre-signe le décret intervenu (D. 30 juin 1876).

L'Algérie est divisée en trois départements : Alger, Constantine, Oran (*ibid.*, art. 3). Chaque département est divisé en territoire civil et en territoire militaire. Le territoire civil comprend la région Tellienne, c'est-à-dire la partie du département située sur le littoral de la Méditerranée et plus spécialement habitée par les Européens; le territoire militaire comprend la région Saharienne, c'est-à-dire la partie méridionale du département confinant au désert, dans laquelle l'élément européen est noyé dans la population indigène.

Chaque département est administré par un préfet sous l'autorité du gouverneur (*ibid.*, art. 7). Dans les territoires dits militaires, les populations indigènes sont administrées par l'autorité militaire (*ibid.*, art. 4). Le général commandant de la division ayant le commandement du territoire militaire, y exerce les attributions dévolues au préfet dans le département (D. 27 octobre 1858, art. 15). Les commandants des territoires militaires sont sous les ordres et l'autorité du commandant des forces de terre et de mer (D. 24 octobre 1870,

Digitized by Google

art. 6). Le gouverneur peut, par délégation spéciale des ministres de la guerre et de la marine, être investi du commandement supérieur des forces de terre et de mer [1] (D. 10 juin 1871, art. 1).

Le gouverneur général civil est assisté d'un directeur général des affaires civiles et financières (D. 29 mars 1871), d'un conseil de gouvernement et d'un conseil supérieur de gouvernement (D. 7 octobre 1871, art. 1).

Sous l'autorité du directeur général des affaires civiles et financières sont placés : un directeur de l'intérieur, un directeur des travaux publics et un directeur des finances. Ces fonctionnaires sont nommés par le Président de la République, et suppléent le directeur général, en cas d'absence ou d'empêchement, pour l'expédition des affaires civiles. Leurs attributions sont fixées par arrêté du gouverneur général (D. 30 juin 1876).

Le conseil de gouvernement se compose ainsi qu'il suit :

Le directeur général des affaires civiles et financières,

Le chef d'état-major du commandant en chef des forces de terre et de mer (D. 11 septembre 1873, art. 1),

Le premier président,

Le procureur général,

Le commandant supérieur de la marine,

Le général commandant supérieur du génie,

L'inspecteur général des travaux civils,

L'inspecteur général des finances,

Le recteur de l'Académie d'Alger,

Deux conseillers rapporteurs (D. 11 septembre 1873, art. 3).

L'archevêque d'Alger peut prendre part aux délibérations du conseil du gouvernement. Les préfets et les généraux commandant les divisions peuvent être appelés par le gouverneur général à assister aux séances du conseil du gouvernement. Ils y ont voix délibérative (D. 11 septembre 1873, art. 2). Le conseil de gouvernement donne son avis sur toutes les affaires qui lui sont soumises par le gouverneur général civil (D. 10 décembre 1860, art. 9).

[1] Le général Chanzy, gouverneur actuel de l'Algérie, est investi de la double autorité de gouverneur général civil et de commandant des forces de terre et de mer.

Digitized by Google

Le conseil supérieur de gouvernement est composé du conseil de gouvernement auquel sont adjoints cinq délégués par département, élus chaque année par le conseil général (D. 7 octobre 1871, art. 3). Les préfets et les généraux commandant les divisions font partie du conseil supérieur (D. 11 septembre 1873, art. 2). Cette assemblée examine le projet de budget général de l'Algérie qui lui est présenté par le gouverneur général civil (D. 10 décembre 1860, art. 11 et 12).

Jusqu'en 1870 le budget de l'Algérie formait une annexe du budget du ministère de la guerre. Il était préparé par le gouverneur général, en conseil supérieur, et voté par la chambre législative avec le budget général de l'État. Les recettes formaient un article spécial du budget de l'État sous la dénomination de *produits et revenus de l'Algérie.*

Le décret du 4 février 1871 du gouvernement de la défense nationale a tenté de modifier le régime financier de l'Algérie. « Dans le but (voir le rapport du ministre de la justice joint au décret) de consacrer l'assimilation de l'Algérie à la France », de la « sauvegarder contre les régimes d'exception » et de la mettre « en état de se présenter à l'Assemblée nationale au même titre que les autres départements », ce décret répartissait le budget entre les divers départements ministériels.

Cette répartition était faite de la façon suivante :

DÉPENSES ORDINAIRES.

Chapitres par ministère.	
	Ministère de l'intérieur.
25.	Administration générale et départementale.
26.	Publications, expositions, missions et récompenses.
27.	Prisons.
28.	Télégraphie.
29.	Topographie et constitution de la propriété individuelle.
30.	Colonisation.
31.	Service des ports et transports par mer.
32.	Dépenses secrètes.
	Ministère de la justice.
14.	Justice française en Algérie.
14 *bis*.	Justice musulmane en Algérie.
	Ministère des finances. — 2e partie. — Service général.
28.	Personnel.
29.	Matériel.

Digitized by Google

Chapitres par ministère.

Ministère de la guerre.

6 *bis.* Maghzens en Algérie.

Ministère de la marine et des colonies.

26. Surveillance de la pêche en Algérie.

Ministère de l'instruction publique et des cultes. — Service de l'instruction publique.

12. Établissements astronomiques.
15. Lycées et colléges communaux.
18. Dépenses de l'instruction primaire imputable sur les fonds généraux de l'État.

Service des cultes.

19. Culte musulman en Algérie.

Ministère de l'agriculture et du commerce.

7 *bis.* École des arts et métiers en Algérie.
11 *bis.* Poids et mesures en Algérie.

Ministère des travaux publics.

1. Personnel de l'administration centrale.
31. Travaux publics en Algérie.

Ministère des finances. — 3e partie. — Frais de régie, de perception et d'exploitation des impôts et revenus publics.

Contributions directes.

40 *bis.* Personnel à affecter aux expertises cadastrales en Algérie.

Enregistrement, domaine et timbre.

41 *bis.* Enregistrement, domaine et timbre en Algérie.

Forêts.

51 *bis.* Service des postes en Algérie.

Contributions indirectes.

59 *bis.* Service des contributions diverses, de la garantie et des poudres à feu en Algérie.

Postes.

69 *bis.* Services des postes en Algérie.

DÉPENSES SUR RESSOURCES SPÉCIALES.

Ministère de l'intérieur.

5. Exposition permanente des produits de l'Algérie à Paris.
6. Constitution de la propriété arabe, à la charge des tribus.

Ministère de l'instruction publique et des cultes.

3. Remboursement des prix des bourses à l'École normale primaire mixte d'Alger.

Digitized by Google

Chapitres par ministère.

Ministère des travaux publics.

3. Contrôle et surveillance des chemins de fer en Algérie.

DÉPENSES EXTRAORDINAIRES.

Ministère de l'intérieur.

15. Bâtiments civils en Algérie.

Ministère des finances.

1 *bis*. Reboisements et travaux forestiers en Algérie.
3. Constructions en Algérie.

Ministère de l'instruction publique et des cultes.

Service de l'instruction publique,

6. Constructions de maisons d'école en Algérie.

Service des cultes.

10. Subventions aux communes pour construction d'églises en Algérie.

Ministère des travaux publics.

21. Travaux extraordinaires exécutés en Algérie au moyen d'une partie des annuités de la Société générale algérienne.
22. Annuité à payer à la compagnie concessionnaire des chemins de fer de l'Algérie.
23. Annuité à payer à la Société générale algérienne.

Le décret du 5 février 1871 a été abrogé par l'arrêté du 6 mai 1871, qui a fait de l'ensemble du budget de l'Algérie une annexe de celui du ministère de l'intérieur (art. 2), en rétablissant la nomenclature, par chapitres, adoptée par la loi du 27 juillet 1870.

En vertu de cette disposition, le budget des dépenses pour l'exercice de 1876 a été dressé ainsi qu'il suit :

Budget des dépenses ordinaires.

Chapitres.

1. Administration centrale (personnel).
2. Administration centrale (matériel).
3. Publication, exposition, missions scientifiques, secours et récompenses.
4. Administration provinciale, départementale et communale.
5. Service télégraphique.
6. Justice musulmane, culte musulman, instruction publique.
7. Enregistrement, domaines et timbre.
8. Contributions directes et cadastres.
9. Perceptions, contributions diverses, poudres à feu, poids et mesures.
10. Forêts.
11. Postes.

Digitized by Google

Chapitres

12. Topographie.
13. Service maritime et sanitaire.
14. Colonisation.
15. Travaux publics (service ordinaire).
16. Travaux publics (service extraordinaire).
17. Dépenses secrètes.
18. Garantie d'intérêt pour les chemins de fer algériens.
19. Dépenses des exercices périmés non frappées de déchéance.
20. Dépenses des exercices clos.

Budget des dépenses sur ressources spéciales.

1. Administration centrale.
   Remboursement du prix des bourses à l'École normale primaire des garçons à Alger.
   Remboursement du prix des bourses à l'École normale primaire des filles de Milianah.
2. Travaux publics.
   Contrôle et surveillance des chemins de fer.
3. Établissement et conservation de la propriété indigène.
4. Contribution directe.
   Frais de distribution du premier avertissement.
5. Contributions diverses.
   Part des chefs indigènes chargés du recouvrement et de l'assiette de l'impôt arabe.
6. Assistance hospitalière.

Les fonds alloués pour l'ensemble des dépenses générales de l'Algérie sont ouverts au ministère de l'intérieur, qui délègue au gouverneur général civil de l'Algérie la disposition des crédits distribués mensuellement.

Le gouverneur général civil sous-délègue aux ordonnateurs secondaires qu'il désigne, les crédits qu'il ne s'est pas réservés pour des ordonnancements directs.

Le budget des recettes forme un chapitre spécial du budget général sous le titre de : *Produits et revenus de l'Algérie.*

Voici le revenu de ce budget, par nature de produits, pour les années 1869 et 1874 :

ANNÉES.	ENREGISTREMENT, timbre, domaines et forêts.	DOUANES.	CONTRIBUTIONS directes et indirectes.	POSTES.	DIVERS PRODUITS du Trésor, y compris la télégraphie.	TOTAL.
1869	5.220.165	2.288.055	6.111.451	944.587	459.358	15.028.618
1874	7.567.547	4.881.027	9.264.519	1.354.344	873.975	23.941.412

Digitized by Google

L'Algérie est représentée au Sénat par trois sénateurs, et à l'Assemblée nationale par trois députés : un sénateur et un député par département.

Les dispositions législatives de la métropole, en matière électorale, sont applicables à l'Algérie. Toutefois, pour l'élection des sénateurs, le collége électoral se compose dans chaque département : 1° des députés; 2° des membres citoyens français du conseil général; 3° des délégués élus par les membres citoyens français de chaque conseil municipal parmi les électeurs français de la commune (loi du 2 août 1875).

En ce qui concerne les élections pour l'Assemblée nationale, une disposition spéciale porte que les électeurs résidant dans une localité non érigée en commune sont inscrits sur la liste électorale de la commune la plus proche. Ils peuvent être réunis à une section électorale par un arrêté du gouverneur général. De même, plusieurs commissions mixtes, dans chacune desquelles le nombre des électeurs serait insuffisant, peuvent être groupées en une section électorale, par arrêté du gouverneur général (loi du 30 décembre 1875, art. 20).

Un service portant le nom de direction de l'Algérie était établi au ministère de l'intérieur. Les attributions de ce service comprenaient : la préparation, avec le Président de la République, du travail concernant les actes de haute administration et de gouvernement relatifs à l'Algérie; les rapports avec le Conseil d'État et avec la Cour des comptes, pour les affaires civiles de la colonie; le budget et les comptes du gouverneur général de l'Algérie; la constitution de la propriété arabe ; les affaires politiques; les renseignements généraux sur l'Algérie; la statistique; la délivrance des passages gratuits aux fonctionnaires civils et aux émigrants; la liquidation des pensions civiles aux fonctionnaires et employés de l'Algérie; l'exposition permanente des produits de l'Algérie à Paris. — Le service de la direction de l'Algérie a été supprimé (1876).

III. Organisation départementale.

Avant 1870, l'Algérie était divisée en trois provinces, composées chacune d'un territoire civil appelé département

Digitized by Google

(ord. 15 avril 1845, art. 1) et régi en principe par le régime administratif de la métropole, et d'un territoire militaire, exclusivement soumis à l'autorité militaire (ord. 15 avril 1845, art. 2). L'administration de la province était confiée à un général commandant la province. Le préfet du département, qui n'avait, pour ainsi dire, qu'une autorité nominale, dépendait de ce fonctionnaire. Le général commandant la province avait, sous l'autorité du gouverneur général, la direction de l'administration civile et des affaires arabes (D. 7 juillet 1864, art. 25). Il nommait à la plupart des emplois, et proposait pour ceux dont la nomination appartient au pouvoir supérieur. Il avait la police de la presse (*ibid.*, art. 16). Il pouvait prendre des mesures d'ordre et de sécurité publique (*ibid.*, art. 15).

Une assemblée, composée de vingt membres (déc. des 14 nov. 1858 et 5 sept. 1859), nommés par l'administration, et dont un quart étaient choisis parmi les indigènes, avait, dans chaque province, les attributions d'un conseil général. Le général commandant la province exerçait au sein de cette assemblée les fonctions dévolues au préfet (D. 7 juillet 1864, art. 27). Les attributions des conseils généraux s'étendaient sur les deux territoires (D. 27 oct. 1858). « Topographiquement, lit-on dans le rapport annexé à ce décret, les deux territoires n'en font qu'un; ils s'entremêlent tellement par une série d'enclaves respectives, qu'il n'y a pour ainsi dire pas une route, pas un chemin vicinal, dont le tracé ne passe à plusieurs reprises de l'un à l'autre territoire. Les intérêts administratifs, commerciaux, agricoles, sont tellement et si étroitement liés, que leur séparation, d'après la nature de l'autorité dont chacun d'eux relève, est aussi impossible à concevoir qu'à réaliser... La logique et la force des choses obligent donc à n'avoir qu'un seul conseil général par province. »

Le budget était préparé par le général commandant, de concert avec le préfet, examiné par le conseil général, et approuvé ensuite par décret.

Un décret du 11 juin 1870 rendit ces assemblées provinciales électives, mais en conférant aux Arabes le droit d'élection et d'éligibilité, de façon à contre-balancer l'influence de l'élément civil français. Ce décret n'eut qu'une durée éphé-

Digitized by Google

mère. Il fut abrogé par un décret du gouvernement de la Défense nationale, en date du 28 décembre 1870, par le motif, disent les considérants, qu'il est « en opposition avec les principes du droit public, puisqu'il confère le droit d'électeur et d'éligible, en matière politique, à d'autres qu'aux citoyens français ou naturalisés Français, et qu'il ne saurait y avoir, dans les trois départements de l'Algérie, d'autre politique que la politique française. »

Le régime nouveau assimilait les conseils généraux des départements de l'Algérie à ceux des autres départements français, quant au mode d'élection, aux conditions d'éligibilité, et aux attributions. Toutefois, pour donner satisfaction aux intérêts de la population indigène, six membres indigènes, nommés par le ministre de l'intérieur, firent partie de chaque conseil général.

Enfin, le décret du 23 septembre 1875, consacrant la réforme introduite, par le décret du 28 décembre 1870, attribue à chaque département de l'Algérie un conseil général composé de membres français et d'assesseurs musulmans. D'après le décret du 12 octobre 1871, le nombre des membres élus des conseils généraux est de vingt-six pour le département d'Alger, vingt-quatre pour celui de Constantine et vingt-deux pour celui d'Oran. Les assesseurs musulmans sont au nombre de six.

Chaque département est administré par un préfet, qui est le représentant du pouvoir exécutif dans le territoire civil du département (D. 23 septembre 1875, art. 3). Ses pouvoirs sont les mêmes que ceux des préfets des autres départements français (D. 24 octobre 1870, art. 7). Le préfet est placé sous l'autorité immédiate du gouverneur général civil (*ibid.*). Il reçoit ses instructions pour toutes les affaires qui intéressent la colonisation, et lui rend compte de leur exécution (*ibid.*). Il est chargé de l'instruction préalable des affaires, ainsi que de l'exécution des décisions du conseil général et de la commission départementale.

Le décret du 23 septembre 1875 sur la composition et les attributions des conseils généraux en Algérie, reproduit les lois des 10 août 1871 et 31 juillet 1875, qui régissent les conseils généraux de la métropole. Cependant deux dispositions importantes et spéciales sont à noter. La première

Digitized by Google

concerne la participation du général commandant la division aux travaux du conseil général, pour les affaires concernant le territoire de commandement. Le général commandant la division doit être entendu par le conseil général, lorsqu'il le demande. Il peut assister aux délibérations ou s'y faire représenter, excepté quand il s'agit de l'apurement du compte administratif (art. 27). Il prépare le budget départemental, de concert avec le préfet (art. 57). Il peut asister aux séances de la commission départementale ou s'y faire représenter et être entendu, sur sa demande, lorsque la commission est saisie d'une affaire concernant le territoire de commandement.

La seconde disposition spéciale concerne la présence d'assesseurs musulmans avec voix délibérative. Ces assesseurs sont choisis parmi les notables indigènes domiciliés dans le département et y possédant des propriétés. Ils sont nommés par le gouverneur général civil, et siégent au même titre que les membres élus (*ibid.*, art. 5). Lorsque le conseil général nomme des commissions pour l'examen des affaires qui lui sont soumises, un assesseur musulman au moins fait partie de la commission. A défaut de désignation par le conseil général d'un assesseur musulman par commission, cette désignation est faite d'office par le préfet du département (*ibid.*, art. 26).

L'ouverture de la première session annuelle a lieu de plein droit le lundi qui suit le jour de Pâques (D. 30 septembre 1876).

La commission départementale se compose de cinq membres français et d'un membre musulman, désigné par le gouverneur général civil de l'Algérie (*ibid.*, art. 69). A l'ouverture de chaque session, le préfet désigne un interprète qui assiste aux séances du conseil général et de la commission départementale (*ibid.*, art. 91).

Le préfet est assisté d'un conseil de préfecture composé de cinq membres pour le département d'Alger et de quatre pour chacun des autres départements (D. 25 mars 1865). Les attributions et la compétence des conseils de préfecture en Algérie sont les mêmes qu'en France (ord. 15 avr. 1845, art. 74, concernant le conseil du contentieux, auquel les décrets des 16 déc. 1848 et 27 oct. 1858 ont attribué la dé-

Digitized by Google

nomination du conseil de préfecture). La juridiction des conseils de préfecture s'étend à la fois sur le territoire civil et sur le territoire militaire (D. 7 juill. 1864, art. 26). Le délai pour les pourvois devant le Conseil d'État, contre les décisions du conseil de préfecture, est fixé à trois mois (ord. 15 avril 1845, art. 84, et loi du 11 juin 1859). Le pourvoi n'est pas suspensif. Toutefois, le gouverneur général civil a la faculté de suspendre l'exécution de l'arrêté, sur la demande des parties, jusqu'à décision définitive (ord. 10 août 1834, art. 55; 22 sept. 1842, art. 65, et arrêté du 19 nov. 1863, art. 42).

Le budget départemental est constitué sur les mêmes bases que les budgets des départements de la métropole. Certaines recettes sont spéciales à l'Algérie : tels sont le produit de l'impôt arabe, dont un dixième est affecté au budget départemental, et le produit de l'octroi de mer, dont un cinquième est attribué au budget départemental. Un décret du 8 février 1870, dans le but d'assimiler les départements de l'Algérie à ceux de la métropole, a supprimé le fonds commun qui se composait du prélèvement d'un dixième des ressources particulières de chaque province et était ensuite réparti par le ministre entre les trois provinces, selon leurs besoins, à titre de ressources supplémentaires (D. 27 octobre 1858, art. 50).

Le domaine départemental se compose : 1° des édifices et bâtiments domaniaux, qui sont ou seront affectés aux différents services de l'administration départementale; 2° des biens meubles et immeubles et des droits attribués aux départements par la législation générale de la France (loi 16 juin 1851, art. 8).

Dans la partie du département qui constitue le territoire militaire, les pouvoirs administratifs du général commandant la division sont limités à ce territoire (loi du 23 septembre 1875, art. 3). Le général exerce dans ce territoire toutes les attributions dévolues à l'autorité préfectorale (D. 27 octobre 1858, art. 13). Il nomme à certains emplois (D. 30 décembre 1856, art. 7). La partie du département constituant le territoire militaire est administrée par des bureaux arabes sous la direction du général commandant la division. La composition et les attributions de ces bureaux se-

Digitized by Google

ront étudiés plus loin dans la partie consacrée à l'admiuistration communale.

Chaque département est divisé en arrondissements, administrés chacun par un sous-préfet. L'arrondissement se compose d'un groupe de communes. Les attributions et autorité des sous-préfets sont les mêmes qu'en France. Ils ont de plus des attributions spéciales, notamment en matière de voirie et pour la nomination de certains fonctionnaires et agents (D. 21 décembre 1861, art. 2, 3 et 4).

IV. Organisation communale.

L'organisation communale de l'Algérie comprend en territoire civil, les communes de plein exercice et les communes mixtes, et en territoire militaire, les communes mixtes et les communes subdivisionnaires ou indigènes.

Territoire civil.

I. Les communes de plein exercice sont celles dans lesquelles la population européenne est suffisamment importante et condensée. Elles sont régies par l'ordonnance du 28 septembre 1847 et le décret du 27 septembre 1866 qui reproduisent la plupart des dispositions des lois des 18 juillet 1837 et 5 mai 1855 servant de base à l'organisation des communes françaises.

Le corps municipal de la commune se compose du maire, d'un ou de plusieurs adjoints, et de conseillers municipaux (D. 27 décembre 1866, art. 1). Les maires et adjoints ont les mêmes fonctions et attributions que ceux des autres communes de France (ord. 28 septembre 1847, art. 25 à 33). Ils sont nommés parmi les membres du conseil municipal, par décret du Président de la République dans les communes, chefs-lieux de département, d'arrondissement et de canton. Dans les autres communes, le conseil municipal élit le maire et les adjoints parmi ses membres, au scrution secret et à la majorité absolue (loi du 12 août 1876, art. 2 et 3). Ils sont chargés de la police municipale et rurale et de l'exécution des mesures de sûreté générale, et à cet effet ils donnent des injonctions aux commissaires de police. Il y a

Digitized by Google

trois classes de commissaires de police ayant sous leurs ordres des inspecteurs, des agents français et indigènes, et relevant directement de l'autorité administrative (arrêté du 17 janvier 1851). Un commissaire central général sous l'autorité directe du secrétaire général du gouvernement est chargé de la police dans la ville d'Alger et les communes (D. 29 septembre 1852). Ses attributions sont déterminées par un décret du 14 février 1850.

Dans les communes où la population musulmane est assez nombreuse pour qu'il y ait lieu de prendre à son égard des mesures spéciales, cette population est administrée sous la surveillance et l'autorité du maire par des adjoints indigènes (loi du 27 décembre 1866, art. 6). Ces adjoints peuvent être pris en dehors du conseil et de la commune. Ils peuvent recevoir un traitement qui est porté au budget de la commune comme dépense obligatoire (*ibid.*, art. 6). L'autorité des adjoints indigènes ne s'exerce que sur leurs coreligionnaires. Ils sont particulièrement chargés de fournir à l'autorité municipale tous les renseigements qui intéressent le maintien de la tranquillité et de la police du pays; — d'assister les agents du Trésor et de la commune pour les opérations du recensement en matières de taxes et d'impôts; — de prêter a toute réquisition leur concours aux agents de recouvrement des deniers publics. Ils ne sont chargés de la tenue des registres de l'état-civil mulsulman qu'en vertu d'une délégation spéciale du maire.. Ils siégent au conseil municipal au même titre que les autres adjoints (*ibid.*, art. 7).

La création d'adjoints indigènes « abroge par le fait, aux termes de la circulaire du gouverneur général du 2 juillet 1867, le décret du 8 août 1854 portant création des bureaux arabes départementaux et supprime les attributions données par ce même décret aux préfets en matière d'administration indigène. Elle donne aux maires le moyen d'exercer dans les limites de leur pouvoir une partie des attributions que le décret de 1854 réservait aux préfets ». Ces attributions comprennent les objets suivants : politique des indigènes ; organisation et personnel du culte, de l'instruction publique et de la justice; organisation et surveillance des corporations; surveillance des sociétés religieuses appelées khouans; organisation et surveillance du Bit-el-mal de concert avec le ser-

Digitized by Google

vice des douaniers; organisation et surveillance des établissements de bienfaisance; secours politiques aux indigents arabes ; surveillance des marchés; surveillance des opérations de l'*amin* et *sekkat* avec le concours du service des contributions diverses; sages-femmes musulmanes; *dellals* ou encanteurs; surveillance des armuriers indigènes; préparation des rôles de l'impôt arabe, et enfin, en vertu d'une décision ministérielle du 15 février 1855, la police des cimetières. — Mais depuis la loi de 1866 les adjoints communaux n'ont plus les attributions judiciaires que le décret de 1854 attribuait aux adjoints des bureaux arabes. Ils ne peuvent infliger d'amende ou d'emprisonnement, ni régler entre musulmans les contestations civiles dont la valeur n'excède pas 100 francs. « Les juges de paix et les cadis sont seuls compétents pour prononcer dans tous ces litiges que réglaient les cheikhs en vertu d'usages traditionnels. »

Chaque commune a un conseil municipal (loi 27 décembre 1866, art. 8), nommé par les citoyens français, les indigènes musulmans et les étrangers. Les conditions de l'électorat sont, pour les citoyens français, celles exigées par la loi du 7 juillet 1874, laquelle est applicable à l'Algérie (D. 1er août 1874), pour les indigènes et les étrangers, vingt-cinq ans d'âge, deux ans de domicile (D. 10 septembre 1874) et le payement d'une patente, le titre de propriétaire ou fermier d'une propriété rurale, un emploi, le port d'une décoration autorisée ou la jouissance d'une pension de retraite (D. 27 décembre 1866, art. 10). En outre des conditions déterminées par la loi de 1874, l'inscription depuis un an au rôle de la taxe municipale sur les loyers, donne droit à l'inscription sur la liste des électeurs municipaux (D. 1er août 1874, art. 2).

Les électeurs de chaque catégorie élisent leurs représentants respectifs (D. 27 décembre 1866, art. 9). Les élections sont régies par les dispositions de la loi du 7 juillet 1874 (D. 1er août 1874, art. 1). Sont éligibles : 1° les électeurs français ou naturalisés, âgés de vingt-cinq ans; 2° les indigènes et étrangers, âgés de vingt-cinq ans, ayant trois ans de domicile dans la commune, inscrits sur la liste communale (D. 27 décembre 1866, art. 12). Chacune des catégories d'électeurs ci-dessus énumérées a droit de représentation dans le con-

Digitized by Google

seil municipal dès que sa population atteint le chiffre de cent individus. Le nombre des conseillers appartenant aux deux dernières catégories ne peut dépasser le tiers du nombre total des membres du conseil municipal ni être inférieur à trois (*ibid.*, art. 13). Le nombre des membres à élire pour chacune des deux catégories ci-dessus désignées est fixé, pour chaque commune, par un arrêté du gouverneur général, le conseil de gouvernement entendu (*ibid.*, art. 13).

Les conseils municipaux ont une double action; ils délibèrent et donnent leur avis. Mais ils ne peuvent, comme les conseils municipaux de la métropole, régler aucun objet par leurs délibérations. Quand le conseil municipal délibère sur les comptes présentés par le maire, il nomme un président choisi dans son sein. Le maire peut assister à la délibération, mais il doit se retirer au moment où le conseil municipal va émettre son vote. Le président adresse directement la délibération à l'autorité supérieure (ord. 28 septembre 1847, art. 39). Les dépenses des communes sont obligatoires ou facultatives (*ibid.*, art. 40).

Les dépenses obligatoires spéciales à l'Algérie sont : — Le logement des conseillers désignés pour les assises (D. 18 novembre 1854) ; — Le logement des médecins de colonisation (D. 29 juillet 1858) ; — L'abonnement au *Bulletin officiel de l'Algérie* (D. 5 mars 1859; arrêté 29 avril 1861); — L'indemnité de logement aux curés, desservants, et autres ministres des cultes chrétiens, lorsqu'il n'existe pas de bâtiment affecté à leur logement (décis. ministér. 4 juin 1858) ;— Les secours aux fabriques des églises en cas d'insuffisance de leurs revenus (*ibid.*) ; — Les grosses réparations aux églises, temples et presbytères (*ibid.*).

Les dépenses sont ordinaires ou extraordinaires. — Il existe une source de recettes spéciales à l'Algérie, provenant de la taxe des loyers établie par l'arrêté du chef du pouvoir exécutif, en date du 4 novembre 1848. Cette taxe, purement municipale, est établie sur le mode de la contribution mobilière en France. Elle a pour base la valeur locative de l'habitation et ne peut dépasser le dixième de cette valeur. Elle est payée par tout habitant français, indigène ou étranger, de tout sexe, et non réputé indigent (*ibid.*, art. 13).

La taxe sur les loyers est due pour toute habitation meu-

Digitized by Google

blée, alors même que le propriétaire ou le locataire n'y a pas établi son domicile réel, et ne l'habite que temporairement (*ibid.*, art. 14). Pour l'établissement du rôle de la taxe, il est procédé chaque année à un recensement général des contribuables par une commission composée du maire, du receveur municipal et de cinq commissaires désignés par le conseil municipal (*ibid.*, art. 19). Les loyers sont évalués d'après les conventions réelles, ou par comparaison avec l'ensemble des loyers analogues et notoirement connus (*ibid.*, art. 21). Le conseil détermine le quantième de la taxe pour l'année où le rôle est mis en recouvrement, en se conformant d'ailleurs aux prescriptions de l'article 13 (*ibid.*, art. 22). Les réclamations relatives à l'imposition doivent se produire devant le conseil de préfecture (*ibid.*, art. 26). La taxe sur les loyers est recouvrable par douzième échu (*ibid.*, art. 23).

Il faut encore ajouter aux recettes spéciales les quatre cinquièmes de l'octroi de mer qui sont répartis suivant le chiffre de la population entre les communes.

Les recettes et les dépenses des communes sont opérées par des receveurs municipaux, nommés par le préfet, sur une liste de trois candidats présentés par le conseil municipal (D. 20 janvier 1858, art. 3). Il y a un receveur municipal dans toute commune dont le revenu atteint 50,000 francs (*ibid.*, art. 1er). Pour les communes dont le revenu est inférieur à 50,000 francs, la recette municipale est confiée aux receveurs des contributions diverses (*ibid.*, art. 1er).

Les comptes sont apurés par le conseil de préfecture pour les communes dont le revenu est inférieur à 50,000 francs, et par la Cour des comptes pour les autres (*ibid.*, art. 14 et 15).

Le domaine communal comprend :

1° Les édifices et bâtiments domaniaux qui sont ou seront affectés au service de l'administration communale (L. 16 juin 1851, art. 9) ;

2° Les biens déclarés biens communaux et les droits conférés aux communes par la législation générale de la France (*ibid.*) ;

3° Les biens ou dotations qui sont ou pourront être attribués aux communes par la législation spéciale de l'Algérie (*ibid.*).

Digitized by Google

Un arrêté du chef du pouvoir exécutif, du 4 novembre 1848, a constitué les communes de l'Algérie au point de vue de la propriété et des ressources financières. L'article 7 de cet arrêté autorise les communes à vendre, à charge de remploi, les biens composant leur dotation immobilière.

Elles peuvent être, en outre, autorisées à aliéner ces biens pour le prix en être affecté à la construction d'édifice communaux, à l'exécution de travaux d'intérêt commun, à la part incombant à la commune ou aux concours offert par elle dans la dépense des travaux publics à exécuter par l'État (D. 28 juillet 1860, art. 1er).

A part les dispositions ci-dessus, les règles relatives aux acquisitions, aliénations, baux, dons, legs, transactions et actions judiciaires, sont les mêmes que pour les communes de France. Toutefois, en ce qui concerne les actions judiciaires, l'ordonnance du 28 septembre 1847 n'a pas appliqué à l'Algérie les dispositions de la loi de 1839, qui autorise les contribuables à exercer les actions de la commune *ut singuli*.

La même ordonnance (art. 55) applique à l'Algérie la loi du 10 vendémiaire an IV, qui rend les communes responsables des attentats commis sur leur territoire, soit envers les personnes, soit envers les propriétés.

On a vu plus haut que des adjoints indigènes peuvent être chargés, dans les communes, de l'administration des groupes de population indigène. De même des gardes champêtres indigènes peuvent être organisés dans les tribus annexées au territoire des communes. Ils sont dans la dépendance de l'autorité administrative, et ont les mêmes attributions que les gardes champêtres des communes françaises. La population indigène sédentaire est tenue de fournir, en cas de réquisition, les moyens nécessaires aux transports militaires (D. 8 août 1854, art. 12), sous peine d'une amende de 16 à 200 francs, qui est fixée par le préfet. La charge de pourvoir aux transports militaires n'incombe qu'à la population arabe, tandis que celle des logements militaires ne pèse que sur la population européenne.

Tout indigène habitant le territoire militaire peut le quitter pour venir s'établir en territoire civil, à la condition de justifier de l'acquittement de l'impôt et des amendes qu'il a

Digitized by Google

pu encourir dans le territoire qu'il habitait (D. 8 août 1854, art. 15).

Quand un indigène émigre avec tout ce qui lui appartient, il devient étranger à la tribu pour tous les droits et toutes les charges (D. 4 déc. 1858, art. 5). Quand il émigre en laissant sa part de biens à la tribu, il y conserve tous ses droits. Toutefois il est réputé absent et supporte alors les contributions dues à l'État et les charges communales de la tribu dans la proportion des biens qu'il y conserve (*ibid.*, art. 4).

A côté de la population sédentaire des villes vit une population d'indigènes nomades appelés *Berranis* et qui sont soumis à un régime spécial. Les *Berranis* sont des indigènes venus de l'intérieur dans les villes pour y exercer un commerce, une industrie, un métier, et qui retournent ensuite à leur pays d'origine avec le pécule qu'ils ont amassé. Avant la conquête, ils étaient constitués en corporation selon leur race et leur industrie. Ceux qui viennent de Kabylie sont manœuvres et ouvriers agricoles; ceux de Biskra portefaix ou bateliers; ceux de Lagouat font le commerce des huiles; les Mozabites sont baigneurs, bouchers ou épiciers; les nègres sont commissionnaires. La plupart d'entre eux n'ont pas de domicile fixe. Ils couchent la nuit sous les portiques, dans les cafés, sur les places publiques.

L'organisation des *Berranis* a été plusieurs fois modifiée depuis la conquête.

Le décret du 3 septembre 1850 les divisa en corporations, placées sous la surveillance de l'autorité administrative, et justiciables de syndics (*amins*), assistés d'un certain nombre d'agents appelés *mekadems, kébirs* et *cheicks* (art. 1er). Tout *Berrani*, à son arrivée, doit, sous peine d'amende, se faire inscrire dans une corporation (art. 2). Nul ne peut, sous peine de 1 à 15 francs d'amende, prendre ou conserver à son service, ou employer un indigène étranger à la localité, qui ne serait pas porteur de la plaque et du livret qui lui sont remis par sa corporation (art. 3). Le livret doit rester déposé entre les mains du maître, qui ne doit le restituer qu'à la sortie du titulaire, après y avoir inscrit ou fait inscrire les motifs de cette sortie. En cas de disparition du titulaire, et sous la peine portée à l'article précédent, le maître doit transmettre sans délai le livret à l'autorité civile, avec ses

Digitized by Google

observations sur les causes réelles ou probables de cette disparition (art. 4). Les peines édictées par les articles 3 et 4 ci-dessus sont prononcées par le tribunal de simple police (art. 3).

Aucun *Berrani* ne peut, sous peine d'amende, quitter l'arrondissement où il a un permis de séjour sans avoir obtenu de l'autorité un permis de départ (art. 5). Les *amins* nommés par le gouverneur général sont chargés de la surveillance et de la police des membres de leur corporation (art. 7). Ils reçoivent un traitement (art. 8). Dans les localités où les *Berranis* forment au moins trois corporations, les *amins* sont constitués en tribunal (*mehakma*), jugeant en audience publique (art. 9). Dans les localités où le nombre des corporations est inférieur à trois, l'*amin* de chaque corporation prononce comme juge unique (art. 10). Tout *amin* qui prononcerait une peine, sans observer les conditions de publicité prescrites, serait passible de la révocation et des peines prononcées par les articles 186 et 258 du Code pénal (art. 11). Ils peuvent ordonner l'arrestation préventive des membres de la corporation, mais à la condition d'en référer immédiatement à l'autorité administrative qui peut ordonner la mise en liberté (art. 12). Ils jugent les contestations dont la valeur n'excède pas 100 francs, entre les membres de leur corporation; les injures, les voies de fait n'ayant entraîné aucune incapacité de travail; les actes d'insubordination vis-à-vis des *amins* ou de leurs agents; les contraventions aux règlements concernant les corporations (art. 13). Outre les peines applicables d'après la législation musulmane, ils prononcent l'amende de 1 à 15 francs, et la prison de 1 à 10 jours (art. 14). La contrainte par corps ne peut être prononcée pour plus de 15 jours (art. 17).

Les capitaines, raïs et patrons de navire, barque ou sandale, ne peuvent recevoir à leur bord aucun *Berrani* qui ne serait pas porteur d'un passe-port ou d'un permis de départ. Il leur est enjoint, après leur arrivée au port de débarquement, de déclarer à la police le nom de ceux qui pourraient se trouver au nombre des passagers (art. 19), sous peine de l'amende prononcée par l'ordonnance de 1681 (300 fr.).

Le produit des taxes, amendes et rétributions est perçu

Digitized by Google

par le receveur des contributions diverses, et porté en recette au budget départemental (art. 21).

Le décret de 1850 sur les *Berranis* a été rendu applicable aux villes suivantes : Alger, Blidah, Constantine, Oran, Médéah, Milianah, Mostaganem, Mascara, Tlemcen, Sidi-bel-Abbès, Saint-Denis-du-Sig, Orléansville, Soukarras.

Sections de communes. — Les sections de communes sont composées de groupes d'habitations isolées de l'agglomération communale. Elles font partie intégrante de la commune et sont administrées par un adjoint spécial, sous la surveillance et l'autorité du maire de la commune. Cet adjoint est chargé d'y remplir les fonctions d'officier de l'état civil, et d'y assurer l'exécution des lois et des règlements de police (D. 27 déc. 1866, art. 4).

Communes mixtes. — En territoire civil, les communes mixtes sont celles détachées du territoire militaire et dans lesquelles la population européenne est devenue assez importante. Leur organisation reste la même qu'un territoire militaire, avec cette seule différence que l'autorité administrative y est substituée à l'autorité militaire. Tout centre de population où l'autorité civile juge qu'il existe un nombre d'Européens suffisant pour former un conseil municipal est constitué en commune qui relève de l'autorité préfectorale (D. 24 oct. 1870, art. 8).

Territoire militaire.

Les territoires militaires sont les parties des départements qui sont administrées par l'autorité militaire.

Un rapide aperçu de l'organisation militaire de l'Algérie est nécessaire pour faire connaître le double rôle de cette autorité.

Au point de vue militaire, l'Algérie constitue le 19e corps d'armée [1].

Ce corps d'armée est placé sous les ordres d'un général commandant. Il se compose de trois divisions, commandées

[1] Le mode de recrutement militaire en Algérie est réglé par la loi du 6 novembre 1875. Les lois relatives à l'organisation de l'armée territoriale sont applicables à l'Algérie.

Digitized by Google

chacune par un général, savoir : une division à Alger, avec cinq subdivisions, Alger, Dellys, Orléansville, Médéah, Aumale; une division à Oran, avec trois subdivisions, Oran, Mascara, Tlemcen; une division à Constantine, avec quatre subdivisions, Constantine, Bône, Batna, Sétif.

Le 19e corps d'armée comprend des troupes composées d'éléments indigènes ou étrangers, savoir, pour l'infanterie, trois régiments de tirailleurs algériens, trois bataillons d'infanterie légère d'Afrique; pour la cavalerie, trois régiments de spahis, quatre régiments de chasseurs d'Afrique. L'organisation et les fonctions de ce corps d'armée sont de tous points semblables à celles des autres corps d'armée de France. Les troupes sont réparties, selon les besoins du service, dans les territoires civils et les territoires militaires.

Dans ces derniers territoires, à côté de l'organisation purement militaire, subsiste une organisation semi-militaire, semi-civile. L'administration des populations indigènes résidant dans les territoires militaires est confiée à des officiers de l'armée hors cadres ou détachés des corps de troupe. Elle porte le nom d'administration des affaires indigènes. Le territoire militaire est divisé en subdivisions et en cercles (D. 7 juillet 1864, art. 10). Chaque subdivision est administrée par un bureau placé au chef-lieu de la subdivision et appelé *bureau arabe*. Les bureaux arabes sont commandés par des officiers hors cadres (loi 13 mars 1875, art. 31), comprenant cinq chefs de bataillons ou d'escadrons et soixante-dix capitaines (*ibid.*). De chaque bureau arabe dépendent un certain nombre de cercles administrés chacun par un commandant de cercle, lieutenant ou sous-lieutenant (*ibid.*). Les commandements des cercles sont confiés à des officiers détachés des corps de troupe (*ibid.*, art. 31). Toutefois, en temps de guerre, et si l'intérêt du service l'exige, le ministre de la guerre peut mettre hors cadres les officiers pourvus de commandements de cercles, et les remplacer à leur corps.

Dans chaque département, l'ensemble des bureaux arabes est placé sous l'autorité et la surveillance du général commandant la division, lequel, à ses fonctions purement militaires, joint les fonctions purement civiles d'administrateur

Digitized by Google

du territoire militaire, au même titre que le préfet est administrateur du territoire civil (D. 23 sept. 1875, art. 3, 27, 57 et 76).

Les généraux commandant les divisions de l'Algérie sont placés, au point de vue de leurs fonctions civiles, sous l'autorité du gouverneur général civil, et au point de vue de leurs fonctions militaires, sous l'autorité du général commandant les forces de terre et de mer. Actuellement ces deux pouvoirs sont réunis en une seule main.

Les bureaux arabes sont chargés des traductions et rédactions arabes, de la préparation et de l'expédition des ordres et autres travaux relatifs à la conduite des affaires arabes, de la surveillance des marchés, de l'établissement des comptes à rendre au gouverneur général sur la situation politique et administrative du pays (arrêté 1er février 1844 et instruction du 21 mars 1867). Les officiers qui dirigent les bureaux arabes sont les organes de l'autorité auprès des indigènes; ils surveillent les chefs arabes, visitent les marchés, les tribus, jugent les réclamations, font transmettre les ordres, dressent la statistique de la population indigène, préparent l'expropriation du sol pour la colonisation européenne, exercent la police judiciaire pour la recherche des crimes (instr. réglementaire du 21 mars 1867).

Un essai de réforme de l'administration des affaires indigènes, basée sur le principe de la séparation des pouvoirs civils et des pouvoirs militaires, a été tenté par le gouvernement de la Défense nationale.

Un décret du 8 janvier 1871 plaçait dans chaque département, à côté du général commandant la division, un général administrateur, détaché de l'état-major de l'armée, et chargé d'administrer le territoire militaire, sous la direction du ministère de l'intérieur. Les subdivisions et les cercles étaient conservés, mais la direction en était confiée à des officiers administrateurs.

Le gouverneur général civil, porte l'article 4 de ce décret, a sous ses ordres les préfets et les généraux administrateurs, lesquels sont considérés comme des collègues. Le général administrateur est le chef du personnel des bureaux arabes. Les officiers administrateurs de ces bureaux sont considérés comme détachés de l'armée pour un service spécial, et mis

Digitized by Google

par le département de la guerre à la disposition du ministre de l'intérieur (*ibid.*, art. 2). L'avancement de ces officiers, dans les cadres militaires, sera toujours concerté entre le ministre de l'intérieur et le ministre de la guerre (*ibid.*, art. 3, et D. 6 février 1871, art. 4). Quant aux préséances, le général administrateur prend rang immédiatement après le préfet du département et le général commandant la division militaire (*ibid.*, art. 6). Le général administrateur n'a d'instructions à recevoir du général commandant la division qu'au point de vue du concours qu'il peut prêter au service purement militaire. En ce qui concerne l'administration du pays, il se concerte avec le préfet, auquel il remet ses rapports, pour rendre compte au ministre de l'intérieur. Il correspond avec le gouvernement par l'intermédiaire du préfet (*ibid.*, art. 5).

Un autre décret, du 30 décembre 1870, créait dans chaque département un inspecteur général des territoires dits *militaires*. Leurs fonctions, porte ce décret, consistent à parcourir, visiter et inspecter les tribus du département, à entendre les réclamations, à recueillir toutes les observations utiles, à se rendre compte de la situation morale et des besoins du territoire militaire (art. 1). Ils adressent tous les quinze jours des rapports au préfet et au général administrateur sur la situation du pays (*ibid.*, art. 2). Ils sont nommés par le ministre de l'intérieur, doivent avoir, au moment de leur nomination, cinq ans de résidence en Algérie et connaître la langue arabe (*ibid.*, art. 3).

Enfin, un décret du 24 décembre 1870 déterminait la responsabilité des bureaux arabes. Tout mouvement insurrectionnel, y est-il dit, qui aura lieu dans un cercle administré militairement, entraînera obligatoirement la comparution en conseil de guerre de l'officier administrateur et de ses chefs et adjoints des bureaux arabes, lesquels auront à justifier de leurs efforts pour prévenir la révolte et des mesures prises pour en empêcher l'extension. La procédure, même en cas d'acquittement, sera toujours transmise au ministre de l'intérieur. — Ces divers décrets sont tombés en désuétude.

Au point de vue communal, le territoire militaire est divisé en communes mixtes et en communes indigènes. Ce-

Digitized by Google

pendant dans le territoire militaire l'organisation communale a laissé subsister l'ancienne organisation administrative indigène telle qu'elle existait avant la conquête. Il n'est pas inutile de connaître cette organisation si l'on veut savoir de quels éléments se composent les groupes de population qui constituent les communes mixtes et les communes indigènes.

L'organisation administrative arabe a pour base le douar, sorte de hameau, composé d'un certain nombre de tentes groupées en cercle. Un groupe de douars forme une ferka (section) administrée par un cheikh. Le cheikh, dont les attributions correspondent à celle d'un maire, est nommé par le commandant de la subdvision. Il est assisté d'un conseil formé des principaux notables des douars.

Un groupe de *ferkas* forme une *tribu* administrée par un *kaïd*. Le *kaïd* est nommé par le commandant de la division. Il est responsable de l'exécution des ordres de l'autorité militaire qui lui sont transmis par les bureaux. Il perçoit l'impôt dans sa *tribu* avec l'aide du *cheikh* de chaque *ferkha*. Il est chargé de la police intérieure. Il ne perçoit pas de traitement, mais des frais de perception sur le produit des impôts et des amendes.

Un groupe de *tribus* compose un *aghalik*, administré par un *agha*. Les *aghas* sont nommés par le ministre de la guerre sur la proposition des commandants de division. Ils surveillent les *kaïds*. Ils dépendent des *bach-aghas* et de l'autorité militaire.

Plusieurs *aghaliks* peuvent former une circonscription administrée par un *bach-agha* (chef des *aghas*) ou un *kalifa*. Les bach-aghas sont nommés par le ministre de la guerre. Ils exercent sur leur territoire une autorité politique et administrative. La plupart disposent d'une troupe indigène, destinée à maintenir l'ordre, placée sous l'autorité du commandant du cercle. Les bach-aghas touchent un traitement annuel de 5,000 francs et ont des droits proportionnels sur la perception des impôts et des amendes.

Les chefs indigènes, kaïds, aghas, bach-aghas, étant délégués et surveillés par l'autorité française, ont le caractère d'autorités publiques. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation (10 mars 1855) par les motifs suivants :

« Que les indigènes bien qu'appartenant à la race arabe,

Digitized by Google

sont sujets français et ont pu, dans la mesure et sous les conditions déterminées par les lois particulières à la colonie, être délégués par les autorités militaires ou civiles de l'Algérie pour exercer sur la population indigène une portion des attributions attachées à certaines fonctions publiques;

« Que notamment les chefs arabes, aghas, caïds et autres, sont chargés de percevoir au nom de la France et de remettre dans les caisses de l'État les impôts que les lois françaises font peser sur les différentes tribus arabes;... qu'il en résulte que les chefs arabes sont bien des autorités publiques dans le sens de l'article 5 de la loi du 25 mars 1822. »

Les chefs indigènes pouvaient autrefois infliger diverses amendes s'élevant jusqu'à 100 francs. Ce taux a été abaissé de 50 francs. De plus, aucune amende ne peut-être perçue sans l'autorisation du commandant militaire (circul. du 8 novembre 1858; arrêté du 5 avril 1860, art. 19).

En matières d'amendes, la responsabilité collective des membres de la tribu, en cas de crime ou délit commis par l'un d'eux, a été appliquée dès l'origine de la conquête. Un décret du 24 novembre 1858 supprima en principe cette responsabilité consacrée par une circulaire du 2 janvier 1844, sauf dans les deux cas suivants : 1° pour les faits généraux, les crimes commis avec une sorte de complicité collective par un grand nombre de coupables, et lorsque le châtiment individuel est tout à fait impossible; 2° pour les contrées tellement éloignées que l'autorité n'y est pas établie d'une manière normale et pour lesquelles cette mesure assure notre domination.

La loi du 18 juillet 1874 sur la répression des incendies en Algérie contient une nouvelle application du principe de la responsabilité collective en matière d'amende.

Le territoire militaire de chaque subdivision se compose de communes mixtes et de communes subdivisionnaires ou indigènes (arrêté du gouverneur général, 20 mai 1866, art. 1).

Les communes mixtes comprennent les centres de population habités à la fois par des indigènes et des Européens. Elles peuvent être divisées en sections. Elles ont pour centre administratif le chef-lieu du cercle (*ibid.*, art. 2).

Les communes subdivisionnaires comprennent les douars

Digitized by Google

constitués en exécution du sénatus-consulte du 22 avril 1863, et les tribus soumises à son application. — Les communes subdivisionnaires ont pour centre administratif le chef-lieu de la subdvision (*ibid.*, art. 3).

Communes mixtes. — Le domaine des communes mixtes se compose des biens meubles et immeubles réputés biens communaux pour les communes de plein exercice (*ibid.*, art. 5).

Les communes mixtes sont administrées par des commissions municipales composées : du commandant du cercle, du commandant de place, du juge de paix, des adjoints des chefs-lieux et des sections de la commune, de cinq habitants nommés ainsi que les adjoints pour trois ans par le général commandant la division (*ibid.*, art. 6 et 7).

Les commissions municipales délibèrent sur toutes les matières soumises aux conseils municipaux des communes de plein exercice (*ibid.*, art. 11), les dépenses, recettes, acquisitions, aliénations, baux, dons et legs faits à leur profit ou consentis par elles sont réglés par les dispositions de l'ordonnance du 28 septembre 1847, de l'arrêté du 4 novembre 1848 et le décret du 28 juillet 1860. Il en est de même pour ce qui concerne les actions judiciaires, les transactions et la comptabilité (*ibid.*, art. 12).

Le commandant de cercle préside la commission municipale, administre les biens, propose le budget, ordonnance les dépenses, nomme aux emplois communaux, exerce les fonctions d'officier de police judiciaire (*ibid.*, art. 13).

Les fonctions d'officier de l'état civil sont exercées par le commandant de place ou par l'adjoint délégué. Dans chaque section l'adjoint est chargé de ces fonctions (*ibid.*).

Les fonctions de receveur communal sont dévolues au receveur des contributions diverses ou à son défaut à un comptable nommé par le gouverneur général sur la proposition du général commandant la division.

Communes subdivisionnaires ou indigènes. — Le domaine des communes subdivisionnaires se compose : 1° des biens déclarés biens communaux et des droits conférés aux communes par la législation; 2° des biens et dotations attribués aux communes par la législation spéciale de l'Algérie.

Les communes subdivisionnaires sont administrées par le

Digitized by Google

commandant de la subdivision, assisté d'un conseil composé des commandants des cercles, du sous-intendant militaire, des commandants de génie, du chef du bureau arabe de la subdivision et de notables indigènes en nombre égal à celui des cercles sans que ce nombre puisse être inférieur à quatre. Ces derniers sont nommés pour trois ans par le gouverneur général, qui peut les suspendre ou les révoquer de leurs fonctions.

Le président du conseil subdivisionnaire est chargé de la publication des actes législatifs. Il est investi des fonctions dévolues aux maires par la législation spéciale de l'Algérie, notamment : 1° de la conservation et de l'administration des propriétés de la commune subdivisionnaire; 2° de la gestion des revenus, de la surveillance des établissements communaux et de celle de la comptabilité communale; 3° de la proposition du budget; 4° de l'ordonnancement des dépenses; 5° des travaux communaux; 6° de souscrire les marchés, de passer les baux de biens dans les formes établies par les règlements; 7° de souscrire dans les mêmes formes les actes de vente, échange, partage, acceptation de dons ou legs, acquisition, transaction, lorsque ces actes auront été préalablement autorisés (*ibid.*, art. 24).

Le président du conseil subdivisionnaire nomme aux emplois communaux (*ibid.*, art. 28).

Le conseil délibère sur les objets suivants: 1° le mode d'administration des biens de la commune subdivisionnaire; 2° le budget; 3° les acquisitions, aliénations et échanges de propriétés communales, leur affectation aux différents services publics, et, en général tout ce qui intéresse leur conservation et leur amélioration; 4° les conditions des baux de biens donnés ou pris à ferme ou à loyer; 5° les projets de construction, de grosses réparations, d'entretien et de démolition et en général tous le travaux à entreprendre; 6° l'ouverture des chemins vicinaux; 7° l'acceptation des dons et legs faits à la commune subdivisionnaire ou aux établissements qui en dépendent; 8° les actions judiciaires et la transaction sur lesquelles les conseils municipaux sont appelés à délibérer d'après les lois et ordonnances (*ibid.*, art. 29).

Le conseil subdivisionnaire est toujours appelé à donner son avis sur les comptes annuellement présentés par son

Digitized by Google

président, administrateur de la commune. Il entend, débat, arrête, sauf le règlement définitif par le gouverneur général, les comptes de deniers du receveur. — Le conseil peut exprimer son vœu sur tous les objets d'intérêt local (*ibid.*, art. 31).

Dans les séances où les comptes d'administration du président sont débattus, la présidence est dévolue à l'officier le plus élevé en grade, après le commandant de la subdivision. Celui-ci peut assister à la séance, mais il doit se retirer au moment où le conseil va émettre son vote (*ibid.*, art. 32).

Les dépenses des communes subdivisionnaires obligatoires sont les suivantes :

1° L'acquittement des dettes exigibles; 2° les frais d'administration et de perception des droits et revenus de la commission subdivisionnaire; 3° les prélèvements autorisés, remboursements et restitutions sur ces produits; 4° les traitements des agents employés à un service de surveillance et de police; 5° l'entretien des mobiliers des bureaux arabes et des hôtels des commandants des subdivisions et de cercles; 6° l'hébergement des hôtes dans les chefs-lieux de subdivision et de cercle, et dans les annexes; 7° l'entretien des indigènes traduits ou condamnés devant les commissions disciplinaires; 8° les dépenses d'assistance publique; 9° celles relatives à l'instruction publique; 10° les dépenses du matériel de la justice musulmane et du culte; 11° l'achat et l'entretien des étalons de tribus; 12° l'entretien des travaux faits (*ibid.*, art. 33).

Toutes les dépenses autres que les précédentes sont facultatives (*ibid.*, art. 34).

Les recettes ordinaires se composent : 1° des centimes additionnels à l'impôt arabe, dont le taux est déterminé par le gouverneur général; 2° des produits, tels que loyers et fermages, rentes foncières et valeurs productives quelconques des immeubles appartenant à la commune; 3° des droits de place, pesage, de mesurage et de jaugeage dans les halles, foires et marchés publics de la commune, les douars constitués en vertu du sénatus-consulte exceptés; 4° de la portion des amendes payées par les indigènes des tribus ou des douars, qui n'est pas attribuée aux chefs indigènes par les arrêtés spéciaux sur la matière (*ibid.*, art. 36).

Digitized by Google

Les recettes extraordinaires se composent : 1° du prix de vente des biens aliénés et qui faisaient partie des propriétés de la commune; 2° du prix de vente des objets provenant des services subdivisionnaires, tels que mobiliers des hôtels de la subdivision, des cercles, des bureaux arabes ou des écoles arabes-françaises; 3° des dons et legs; 4° du remboursement des capitaux exigibles et rentes constituées; 5° du produit des cotisations volontaires que certains tribus ou portions de tribus seraient autorisées à s'imposer extraordinairement pour subvenir à une dépense déterminée (*ibid.*, art. 37).

Les dépenses proposées au budget d'une commune peuvent être réduites ou rejetées par l'arrêté qui règle ce budget (*ibid.*, art. 41).

Les recettes et les dépenses admises aux budgets des communes forment dans la comptabilité des receveurs des contributions diverses, un service spécial dont ils doivent compte, conformément aux règles tracées dans le décret du 20 janvier 1858 sur les recettes municipales en Algérie (*ibid.*, art. 50).

Les comptes des receveurs des contributions, en ce qui concerne le recouvrement et l'emploi des sommes appartenant aux budgets des communes, sont rendus dans les délais et conformément aux règles qui s'appliquent aux receveurs municipaux en Algérie. — Les comptes administratifs sont réglés par le gouverneur général (*ibid.*, art. 54).

Sections de communes. — Les douars, constitués en exécution du sénatus-consulte du 22 avril 1863, forment, dans la commune subdivisionnaire, des sections distinctes (*ibid.*, art. 55).

La *djemâa* de chaque douar se compose du caïd ou du cheikh du douar, président, et de notables choisis dans le douar (*ibid.*, art. 56).

Le nombre des notables est de 8, 10 ou 12, selon la population.

Les membres de la *djemâa* sont nommés pour trois ans par le général commandant la division. Ils peuvent être suspendus ou révoqués de leurs fonctions.

Il est attaché à chaque *djemâa* un secrétaire qui remplit en même temps les fonctions d'instituteur dans le douar, et qui est, en outre, chargé, sous la surveillance du caïd ou du

Digitized by Google

cheikh du douar, et le contrôle de la *djemâa*, de la tenue des registres de l'état civil. Dans les douars où existent des écoles arabes-françaises, le maître adjoint remplit gratuitement ces fonctions (*ibid.*, art. 61).

Les *djemâas* délibèrent sur les objets suivants : 1° le mode d'administration et de jouissance des biens communaux; 2° le mode de jouissance et la répartition des fruits communaux, ainsi que les conditions imposées aux parties prenantes; 3° les conditions des baux donnés à ferme ou à loyer par le douar, ainsi que celles des baux des biens pris à loyer par le douar; 4° l'aliénation des biens communaux, conformément aux dispositions des articles 16, 17, 18, 19, 20, 21 et 22 du décret du 23 mai 1863; 5° les actions judiciaires et transactions; 6° les travaux d'utilité publique à entreprendre, les prestations à fournir, conformément aux dispositions de l'arrêté du gouverneur général, du 29 avril 1865; 7° les contributions extraordinaires pour l'exécution des travaux d'utilité publique (*ibid.*, art. 63).

Les *djemâas* peuvent, en outre, être consultés par l'autorité administrative sur les besoins du culte et de l'instruction publique, sur le mode d'assiette et de répartition de l'impôt, ainsi que les contestations nées de la répartition des terres collectives de culture du douar (*ibid.*, art. 64).

Les délibérations sont signées par tous les membres présents. — Elles ne sont exécutoires qu'après avoir reçu l'approbation du général commandant la division ou du gouverneur général, selon les distinctions établies par le décret du 23 mai 1863 (*ibid.*, art. 65).

Les recettes de toute nature des douars constitués sont rattachées au budget de la commune subdivisionnaire, et versées à la caisse des contributions. — A l'exception de celles qui proviennent des centimes additionnels à l'impôt arabe, et sont perçues en vertu des dispositions de l'arrêté ministériel du 30 juillet 1855, ces recettes sont affectées aux dépenses du douar. Il est, à cet effet, ouvert sur le budget un compte spécial pour chaque douar (*ibid.*, art. 66).

VICTOR JEANVROT.

(Voir le *tableau du dernier recensement de la population communale*, au verso.

Digitized by Google

Tableau de la population communale de l'Algérie au 1er janvier 1876.

	ALGER.	CONSTANTINE.	ORAN.	TOTAL des communes ou sections.		ALGER.	CONSTANTINE.	ORAN.	TOTAL.
TERRITOIRE CIVIL.									
Communes de plein exercice.	88	35	49	172	Étendue.	hect. 826.827	hect. 1.897.565	hect. 1.535.434	hect. 4.259.826
Sections de communes. . . .	108	59	72	239					
Communes mixtes.	8	14	12	34	Nombre d'indigènes. .	270.257	289.888	199.871	760.016
Sections de communes. . . .	65	82	134	281	Nombre d'Européens.	109.878	73.308	99.669	282.855
TERRITOIRE MILITAIRE.									
Communes mixtes.	7	4	7	18	Étendue.	hect. 9.689.924	hect. 10.908.812	hect. 6.797.631	hect. 27.396.367
Communes indigènes.	13	20	14	47					
					Indigènes.	525.927	648.823	217.344	1.392.094
Total.	289	214	288	791	Européens.	3.228	1.514	4.763	9.505

Nombre des habitants européens. . . . . 292.360. — Nombre des habitants indigènes. 2.152.110

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

TRAITÉ DE LA COMPÉTENCE ET DE L'ORGANISATION DES TRIBUNAUX

CHARGÉS DE LA RÉPRESSION SOIT PÉNALE, SOIT CIVILE, DES CONTRAVENTIONS, DES DÉLITS ET DES CRIMES.

Par Achille-François Le Sellyer, avocat, docteur en droit, ancien professeur de procédure criminelle et de législation criminelle à la Faculté de droit de Paris [1].

Compte rendu par M. Gabriel Demante, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Les savants travaux de M. Le Sellyer sont depuis longtemps connus et appréciés des jurisconsultes. Son *Traité de droit criminel*, en six volumes, a paru pour la première fois en 1844. Dans ces dernières années, l'auteur a complétement refondu ce traité dans un travail, encore plus étendu, sous le titre général d'*Études historiques, théoriques et pratiques sur le droit criminel* (six forts volumes in-8°). Cette publication contient trois traités distincts, formant chacun deux volumes. Chacun de ces traités est complet par lui-même et peut être acheté séparément; chacun a sa série particulière de numéros et sa table alphabétique des matières.

Le dernier de ces trois traités que nous annonçons aujourd'hui est entièrement nouveau. Nous nous proposons d'y revenir dans un compte rendu analytique et développé. Entre autres dédicaces, mises en tête de ce dernier traité, nous remarquons celle qui s'adresse à la mémoire de M. le comte de Guernon-Ranville, ministre des affaires ecclésiastiques et de l'instruction publique, au mois de mai 1830. Cet hommage de respect et de reconnaissance se réfère à des circonstances qu'il n'est pas inutile de rappeler aujourd'hui, au moment où les préoccupations de l'opinion se portent si ardemment sur la constitution de l'enseignement supérieur.

M. Le Sellyer s'était posé avec distinction dans les con-

[1] Deu volumes in-8° de III-679 et 958 pages. Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1875.

Digitized by Google

cours de la Faculté de droit de Paris. Au concours de l'année 1830, qui amena la nomination d'Oudot et de Bravard-Veyrières, en qualité de professeurs suppléants, M. Le Sellyer fut porté jusqu'au scrutin de ballottage; Bravard-Veyrières l'emporta sur lui d'une seule voix.

Sur ces entrefaites, une ordonnance royale du 29 mai 1830, dédoublant la chaire, consacrée à la fois à la procédure civile et à la législation criminelle, créa dans la Faculté de Paris une chaire spéciale « de procédure criminelle et de législation criminelle ». Cette chaire étant considérée comme de nouvelle création, M. Le Sellyer y fut appelé par nomination directe. Mais bientôt après les événements de juillet, une ordonnance royale du 6 septembre 1830 rapporta l'ordonnance de mai. Privé de sa chaire, M. Le Sellyer consacra sa vie à l'étude de cette législation dont l'enseignement lui avait été momentanément confié. La suite a prouvé que l'institution d'une chaire spéciale de droit criminel était utile, aujourd'hui on la juge nécessaire; elle existe dans toutes les Facultés. De son côté, M. Le Sellyer, par les travaux de toute sa vie, a prouvé qu'il était digne d'en être investi. On ne trouvera d'ailleurs sous sa plume aucune récrimination, pas même une plainte contre la mesure qui l'a frappé, dans un moment de passion politique, rien que cette allusion discrète, la dédicace à la mémoire du comte de Guernon-Ranville, et cette autre dédicace que l'auteur de ces lignes ne peut lire sans une émotion particulière, puisqu'elle s'adresse aux maîtres de cette époque, qui ne comptent plus un seul survivant : « Hommage de respect et de reconnaissance à la mémoire de mes très-savants et très-honorés maîtres dont j'étais devenu le collègue à la Faculté de droit de Paris, et de qui j'avais reçu tant de précieux encouragements et des preuves si multipliées de bienveillance. »

Parmi ces anciens maîtres, il en est un dont j'ai souvent recueilli le témoignage; il payait M. Le Sellyer d'un juste retour d'estime et de considération singulière. Je suis heureux d'avoir cette occasion d'en publier aujourd'hui l'expression.

GABRIEL DEMANTE.

Digitized by Google

TRAITÉ DES MARQUES DE FABRIQUE ET DE LA CONCURRENCE DÉLOYALE[1].

Par M. E. Pouillet, avocat à la Cour d'appel de Paris.

Compte rendu par M. Ch. Lyon-Caen, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

M. Pouillet a entrepris une œuvre considérable : il se propose de publier des traités sur les différentes branches de la propriété industrielle et sur la propriété artistique et littéraire. Déjà ont paru le traité des *dessins et modèles de fabrique*, le traité des *brevets d'invention*, enfin, dans le cours de l'année 1875, le traité des *marques de fabrique et de la concurrence déloyale*. C'est de ce dernier ouvrage que nous avons à rendre compte.

On pourrait, comme l'explique fort bien M. Pouillet dans son introduction, presque dire que ce livre est un traité de la concurrence déloyale. Celle-ci s'exerce à l'aide des moyens les plus variés. Quand elle consiste dans l'usurpation d'un nom ou d'une marque, elle constitue un délit pénal réprimé par les lois du 28 juillet 1824 et du 23 juin 1857. Dans tous les autres cas, ce n'est qu'un délit civil donnant lieu à une action en dommages-intérêts. Toutefois dans l'usage on ne range sous le nom générique de concurrence déloyale que ces derniers faits.

L'ouvrage de M. Pouillet est divisé en sept livres. Dans le premier, il est traité des marques de fabrique; dans le second, du nom commercial; dans le troisième, des principales formes de la concurrence déloyale. Un quatrième livre est consacré à la propriété des enseignes et aux usurpations dont elles sont l'objet. Enfin, dans le livre V sont exposées les délicates questions auxquelles donne lieu le contrat de louage au point de vue du droit du bailleur de louer à des personnes exerçant des industries similaires; le sixième et dernier livre concerne la divulgation des secrets de fabrique. A ces différents livres qui forment comme autant de traités séparés, M. Pouillet a joint un appendice ayant pour titre : *Législation française et étrangère*. On y trouve dans une première partie les textes des lois du 23 juin 1857, du 28 juillet

[1] 1875, 1 vol. in-8°, Marchal, Billard et C°, libraires-éditeurs.

Digitized by Google

1824 et du 26 novembre 1873, et les documents législatifs relatifs à ces textes (exposé des motifs, rapports, discussions parlementaires, décrets réglementaires, etc., etc.). La seconde partie de l'appendice contient un aperçu sommaire des lois des principaux pays étrangers.

Le *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale* est conçu sur un excellent plan. Au lieu de présenter une explication exégétique des lois en vigueur, M. Pouillet en donne un exposé systématique qui ne l'empêche pas de faire ressortir les principes généraux de chaque matière avec la précision la plus grande. Sur chaque question, l'auteur ne se borne pas à exposer son opinion personnelle, il indique les systèmes divers et les arguments produits pour les soutenir; puis à cet exposé théorique, il joint une indication très-complète de la jurisprudence. Le tableau qu'il présente des différentes décisions judiciaires est d'autant plus instructif et précieux que M. Pouillet ne mentionne pas seulement par leur date les arrêts ou les jugements rendus soit dans un sens, soit dans l'autre; il donne avec un soin rare un résumé du dispositif et mentionne parfois même les espèces.

La partie théorique, qui est assurément la principale, contient l'étude la plus approfondie qui ait encore été faite de ces intéressantes matières. On a reproché avec raison à la plupart des auteurs qui en ont traité de ne pas tenir compte des principes généraux du droit ou même de les ignorer. M. Pouillet a le grand mérite de les connaître parfaitement et de ne jamais manquer de s'y référer pour la solution des questions spéciales.

Nous n'avons que des critiques peu nombreuses et tout à fait de détail à produire sur cet excellent livre. Au surplus, si nous les faisons, c'est surtout pour montrer qu'une lecture très-attentive ne permet d'y découvrir que des taches bien légères.

En parlant de la jurisprudence qui admet la compétence commerciale en matière de concurrence déloyale (p. 545), l'auteur dit qu'elle est fondée sur ce que le mot *engagement* de l'article 631 du Code de commerce comprend aussi bien les engagements dérivant de *quasi-délits* que ceux qui ont leur source dans un contrat. M. Pouillet oublie le sens exact

Digitized by Google

du mot *quasi-délit*. Il paraît, suivant un usage vicieux très-répandu au Palais, entendre par là un fait illicite non réprimé par la loi pénale, alors que cette expression ne désigne exactement que les faits illicites *non intentionnels* que la loi pénale ne réprime pas.

M. Pouillet discute (p. 368 et suiv.) la question de savoir si l'usurpation des noms des étrangers est protégée par la loi de 1824. Nous avons peine à comprendre l'utilité de cette discussion. La question n'est-elle pas résolue de la façon la plus formelle par la loi du 26 novembre 1873 dont, du reste, M. Pouillet a parfaite connaissance? (Voy. n° 354, p. 278 et s.)

Nous ne saisissons pas non plus comment peut encore être controversée une question que pose l'auteur à propos de la législation prussienne (n° 339, p. 266) qui, selon M. Pouillet, ne protége que les marques comprenant le nom du commerçant. Il n'y a plus aujourd'hui de législation prussienne spéciale, il y a une loi uniforme pour toute l'Allemagne sur les marques du 30 novembre 1874 citée du reste par l'auteur lui-même (p. 733), et cette loi protége les marques emblématiques aussi bien que les noms.

Pour finir par une critique plus générale, nous exprimerons le regret que parfois M. Pouillet se soit borné à exposer sur de graves controverses les systèmes divers sans indiquer celui qui a ses préférences. L'autorité légitime que l'auteur a acquis comme jurisconsulte et comme avocat donne à ses opinions personnelles une valeur assez grande pour qu'il soit utile de les connaître. Pourquoi, par exemple, se tait-il sur ses idées propres concernant la question de principe relative aux industries similaires (p. 613 et s., n° 755)?

Ce sont là, nous le répétons, des critiques bien secondaires, surtout quand on réfléchit à la haute valeur de cette œuvre qui avec le *Traité des brevets d'invention* formera l'une des plus importantes parties du grand et utile monument juridique élevé par M. Pouillet à la propriété industrielle, artistique et littéraire. CH. LYON-CAEN.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

Digitized by Google

TABLE PAR ORDRE DES MATIÈRES.

JURISPRUDENCE

CIVILE ET CRIMINELLE.

Pages.
Le droit civil dans ses rapports avec l'enregistrement, par *M. E. Dubois.* 47
De l'administration des sociétés anonymes, par *M. A. Vavasseur.* . . 123
Du payement des legs particuliers, par *M. L. Thézard.* 135
Article 446 du Code de commerce, par *M. Paradan.* 161
Ordonnances sur requête, par *M. Bertin.* 173
De l'appel des jugements de simple police, par *M. H. Pascaud.* . . . 194
Ordonnances sur requête. Réponse aux observations de M. Bertin, par *M. Théophile Bazot.* 240
Questions rurales, par *M. H. Lespinasse.* 289
De la qualité juridique à propos de la maxime Nul ne plaide par procureur, par *M. Félix Berriat-Saint-Prix.* 353
Chose jugée, par *M. H. Lespinasse.* 447
Des droits du ministère de la justice et du ministère public en matière de poursuites criminelles, par *M. Robinet de Cléry.* 424
Subrogation consentie par le débiteur. Des cas d'application de la seconde disposition de l'article 1250 du Code civil, par *M. P. Beauregard.* 440
Du faux par omission, par *M. A. Morillot.* 478
Du renvoi pour cause de suspicion légitime et de la récusation, par *M. Bouniceau-Gesmon.* 497
De la responsabilité civile des propriétaires de navires, par *M. A. Regnault.* 538, 605
Ordonnance d'envoi en possession par le président du tribunal civil, en vertu d'un testament olographe qui a institué un légataire universel, par *M. H. Lespinasse.* 561
Des priviléges spéciaux sur les créances, par *M. J. E. Labbé.* . . 571, 665
Examen doctrinal, par *M. Paradan.* 657

JURISPRUDENCE

ADMINISTRATIVE.

Examen doctrinal de la jurisprudence du Conseil d'État. — Recours pour excès de pouvoirs. — Question de recevabilité, par *M. Collet.* 225
Origine et développement historique du recours pour excès de pouvoir, par *M. E. Laferrière.* 303

Digitized by Google

LÉGISLATION

CIVILE ET CRIMINELLE.

Pages.

Questions concernant la nationalité des habitants de l'Alsace-Lorraine, par *M. Robinet de Cléry*. 15, 89
De la juridiction de la chambre du conseil en matière d'instruction criminelle. 327
L'appel des jugements correctionnels et la loi du 13 juin 1856, par *M. H. Pascaud*. 407
De l'objet et de l'importance du droit maritime, par *MM. Lyon-Caen* et *Renault*. 695

LÉGISLATION

ADMINISTRATIVE ET COMMERCIALE.

De la mission des arbitres nommés par les tribunaux de commerce, par *M. Paul Jozon*. 1
De l'hypothèque sur les chemins de fer, par *M. Aucoc*. 81
De la mission des arbitres du commerce. Observations sur l'article de M. Jozon, par *M. S. Migneret*. 192
Le deuxième livre du Code pénal. Projet de loi sur le régime des eaux, adopté par le Conseil d'État en 1870, précédé d'une notice par *M. Aucoc*. 246
Des bacs particuliers sur les cours d'eau navigables, par *M. Bosquet*. 270
De la responsabilité des fonctionnaires publics sous l'empire du décret du 19 septembre 1870, par *M. P. Bernard*. 515, 590
Du mode de renouvellement des conseils municipaux, par *M. Flourens*. 725
État actuel de la législation de l'Algérie, par *M. Jeanvrot*. 734

HISTOIRE DU DROIT.

Le Tribunat et le Code civil, par *M. J. Bressolles*. 379

BIBLIOGRAPHIE.

Lois administratives françaises, par *MM. Vuatrin* et *Batbie;* compte rendu par *M. E. Laferrière*. 71
Droit musulman. — Du statut personnel et des successions, par *MM. Sauteyra* et *Cherbonneau;* compte rendu par *M. R. Gonse*. 72
Commentaire de la loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime, par *M. Tranquille Morel;* compte rendu par *M. R. Gonse*. 76
Traité des réparations (loi du bâtiment), par *M. le Bègue;* compte rendu par *M. R. Gonse*. 158
Des avaries, du jet et de la contribution, par *M. L. Morel;* compte rendu par *M. R. Gonse*. 207

Digitized by Google

Pages.

Nouvelle jurisprudence et traité pratique sur les murs mitoyens, par *M. O. Masselin;* compte rendu par *M. R. Gonse*. 212
Manuel du droit commercial français et étranger, par *MM. Hœchster, Sacré* et *Léonel Oudin;* compte rendu par *M. R. Gonse*. 214
Le Droit en matière de sépulture, par *M. Roux*. — Le Socialisme et la Commune, par *M. Arnault;* compte rendu par *M. G. Debacq*. 218
Le tarif général et raisonné des notaires, par *M. Albert Amiaud*. . . . 343
Manuel de droit commercial et étranger. — Droit maritime, par *MM. Hœchster* et *Sacré;* compte rendu par *M. Ch. Lyon-Caen*. 351
Précis d'un cours de droit criminel, par *M. Edm. Villey;* compte rendu par *M. R. Blondel*. 653
Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général, par *M. Demolombe;* compte rendu par *M. E. Bonnier*. 711
Code-Manuel du juré d'assises, par *M. Fenet;* compte rendu par *M. Berriat-Saint-Prix*. 717
Les établissements pénitentiaires en France et aux colonies, par *M. le vicomte d'Haussonville*. 719
Traité de la compétence et de l'organisation des tribunaux, par *M. Le Sellyer;* compte rendu par *M. Demante*. 771
Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale, par *M. E. Pauillet;* compte rendu par *M. Ch. Lyon-Caen*. 773

NÉCROLOGIE.

M. Louis Wolowski, par *M. Batbie*. 721

Digitized by Google

TABLE PAR NOMS D'AUTEURS.

MM.		Pages.
AMIAUD.	Le tarif général et raisonné des notaires.	343
AUCOC.	De l'hypothèque sur les chemins de fer.	81
—	Le deuxième livre du Code rural. Projet de loi sur le régime des eaux, adopté par le Conseil d'État en 1870.	246
BATBIE.	Nécrologie. — M. Louis Wolowski.	721
BAZOT.	Ordonnances sur requête. Réponse aux observations de M. Bertin.	240
BEAUREGARD.	Subrogation consentie par le débiteur. Des cas d'application de la seconde disposition de l'article 1250 du Code civil.	440
BERNARD.	De la responsabilité des fonctionnaires publics sous l'empire du décret du 19 septembre 1870.	515, 590
BERRIAT-SAINT-PRIX.	De la qualité juridique à propos de la maxime Nul ne plaide par procureur.	353
—	Code-Manuel du juré d'assises, par *M. Fenet*.	717
BERTIN.	Ordonnances sur requête.	173
BLONDEL.	Précis d'un cours de droit criminel, par *M. Edm. Villey*.	653
BONNIER.	Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général, par *M. Demolombe*.	711
BOSQUET.	Des bacs particuliers sur les cours d'eau navigables.	270
BOUNICEAU-GESMON.	Du renvoi pour cause de suspicion légitime et de la récusation.	497
BRESSOLLES.	Le Tribunat et le Code civil.	379
COLLET.	Examen doctrinal de la jurisprudence du Conseil d'État.	225
DEBACQ.	Le droit en matière de sépulture, par *M. Roux*. — Le Socialisme et la Commune, par *M. Arnault*.	218
DEMANTE.	Traité de la compétence et de l'organisation des tribunaux, par *M. Le Sellyer*.	771
DUBOIS.	Le droit civil dans ses rapports avec l'enregistrement.	47
GONSE.	Droit musulman. Du statut personnel et des successions, par *MM. Sauteyra* et *Cherbonneau*.	72
—	Commentaire de la loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime, par *M. Tranquille Morel*.	76
—	Traité des réparations (loi du bâtiment), par *M. Le Bègue*.	158
—	Des avaries, du jet et de la contribution, par *M. L. Morel*.	207

Digitized by Google

MM. Pages

GONSE. . . . . Nouvelle jurisprudence et traité pratique sur les murs mitoyens, par *M. O. Masselin*. . 212
— Manuel du droit commercial français et étranger, par *MM. Hœchster, Sacré* et *L. Oudin*. 214
FLOURENS. . . . . Du mode de renouvellement des conseils municipaux. 725
JEANVROT. . . . . État actuel de la législation de l'Algérie. . . 734
JOZON. . . . . De la mission des arbitres nommés par les tribunaux de commerce. 1
LABBÉ. . . . . Des priviléges spéciaux sur les créances. 571, 665
LAFERRIÈRE. . . . . Lois administratives françaises, par *MM. Vuatrin et Batbie*. 71
— Origine et développement historique du recours pour excès de pouvoir. 303
LESPINASSE. . . . . Questions rurales. 289
— Chose jugée. 417
— Ordonnance d'envoi en possession par le président du tribunal civil, en vertu d'un testament olographe qui a institué un légataire universel. 561
LYON-CAEN. . . . . Manuel de droit commercial français et étranger, par *MM. Hœchster* et *Sacré*. . . 351
— Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale, par *M. E. Pouillet*. . . 773
LYON-CAEN et REGNAULT. De l'objet et de l'importance du droit maritime. 695
MIGNERET. . . . . De la mission des arbitres du commerce. Observations sur l'article de M. Jozon. . . . 192
MORILLOT. . . . . Du faux par omission. 478
PARADAN. . . . . Article 446 du Code de commerce. 161
— Examen doctrinal. 657
PASCAUD. . . . . De l'appel des jugements de simple police. 194
— L'appel des jugements correctionnels et la loi du 13 juin 1856. 407
REGNAULT. . . . . De la responsabilité civile des propriétaires de navires. 538, 605
ROBINET DE CLÉRY. . . . Questions concernant la nationalité des habitants de l'Alsace-Lorraine. 15, 89
— Des droits du ministère de la justice et du ministère public en matière de poursuites criminelles. 424
THÉZARD. . . . . Du payement des legs particuliers. 135
VAVASSEUR. . . . . De l'administration des sociétés anonymes. 123
De la juridiction de la chambre du conseil en matière d'instruction criminelle. 327
VILLEY. . . . . Les établissements pénitentiaires en France et aux colonies, par *M. le vicomte d'Haussonville*. 749

3854. Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, 26, rue Racine.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

ANNUAIRE

DE

LÉGISLATION ÉTRANGÈRE

PUBLIÉ PAR LA

SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE

CONTENANT LA TRADUCTION DES

PRINCIPALES LOIS VOTÉES DANS LES PAYS ÉTRANGERS

Première année, 1872, 1 vol. in-8°. . . . . 10 fr.
Deuxième année, 1873, 1 vol. in-8°. . . . . 12 fr.
Troisième année, 1874, 1 vol. in-8°. . . . . 12 fr.
Quatrième année, 1875, 1 vol. in-8°. . . . . 12 fr.
Cinquième année, 1876, 1 vol. in-8°. . . . . 12 fr.

LOIS ADMINISTRATIVES

FRANÇAISES

RECUEIL MÉTHODIQUE CONTENANT

1° LES LOIS, DÉCRETS ET RÈGLEMENTS

2° LES DISPOSITIONS QUI ONT PRÉCÉDÉ LA LÉGISLATION EN VIGUEUR

PAR MM.

VUATRIN
Professeur de droit administratif
à la Faculté de droit de Paris

A. BATBIE
Professeur à la Faculté de droit de Paris
Sénateur

I. **Organisation administrative.**

II. **Matières administratives** : Finances, Travaux publics.

1 fort vol. in-8°. — Prix : 18 fr.

Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, 26, rue Racine.

Digitized by Google